Das richterliche Prüfungsrecht nach preußischem und bayrischem Verfassungsrecht.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Gerhard Meyer
aus Zoppot (Danzig)

Marburg 1933

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei von R. Kleinert, Quakenbrück

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 1. August 1933.
Berichterstatter: Professor Dr. jur. Dr. phil. F. Genzmer.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung.

§ 1. Die Abgrenzung des Problems. 1

§ 2. Seine Unterteilung. 3

Erster Teil.

Das richterliche Prüfungsrecht nach preußischem Verfassungsrecht.

Erster Abschnitt: Seine Gestaltung.

§ 3. Der Ausgangspunkt. Formelles und materielles Prüfungsrecht. 6

§ 4. Der Streitstand bezüglich des Prüfungsrechts bei Gesetzen. 9

§ 5. Kritik der das Prüfungsrecht verneinenden Ansicht. 12

§ 6. Kritik der das Prüfungsrecht für nicht geregelt haltenden Ansicht. 18

§ 7. Kritik der das Prüfungsrecht bejahenden Ansicht. . 20

§ 8. Das Prüfungsrecht bei Verordnungen und Notverordnungen. 40

Zweiter Abschnitt: Einklang des Prüfungsrechts mit dem Reichsrecht.

§ 9. Vergleich mit dem Reichsrecht. 47

§ 10. Widerspruch mit dem Reichsrecht? 50

Seite:

Zweiter Teil.
Das richterliche Prüfungsrecht nach bayrischem Verfassungsrecht.

Erster Abschnitt: Seine Gestaltung.

§ 11. Der Ausgangspunkt; die Vergleichsnormen. . . . 54
§ 12. Art und Umfang der Prüfung. 57

Zweiter Abschnitt: Sein Einklang mit dem Reichsrecht.

§ 13. Vergleich mit dem Reichsrecht. 59
§ 14. Widerspruch mit dem Reichsrecht? 60
§ 15. Zusammenfassung. 69
§ 16. Die Veränderungen durch die nationale Revolution. 70

Schrifttum.

Aldag, Heinr.: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Berlin 1925.

Anschütz, G.: Die Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin 1930.

Anschütz, G.: Besprechung von Nawiasky, Bayrisches Verfassungsrecht. Verwaltungsarchiv Bd. 30 (1925). S. 346.

Arndt, Adolf: Die Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin u. Leipzig 1927.

Arndt, Adolf: Die Verfassung des Freistaates Preußen. Berlin u. Leipzig 1921.

Arndt, Adolf: Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen? Recht 1920 S. 106.

Arndt, Adolf: Das Prüfungsrecht der Verwaltungsbehörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen. Preuß. Verwaltungsbl. Bd. 43 S. 291.

Bendix, L.: Recht und Pflicht des Richters zur Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Weimarer Verfassung. JW. 1924 S. 527.

Bühler, O.: Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. Leipzig u. Berlin 1927.

Bühler, O.: Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? DJZ. 1921 S. 580.

Duguit, Léon: Traité de droit constitutionel. Paris 1927.

v. Freitagh-Loringhoven, A.: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

Gebhard, L.: Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs. München, Berlin u. Leipzig 1932.

Giese, Fr.: Die Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin 1931.

Giese-Volkmann: Die preußische Verfassung. Berlin 1926.

Görres: Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen nach der Reichsverfassung? JW. 1924 S. 1564.

Hatschek, J.: Deutsches und preußisches Staatsrecht. I. u. II. Bd. 1922—23.

Hensel, A.: Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung. Handbuch d. Deutschen Staatsrechts, Bd. II S. 313. Tübingen 1932.

Herrfahrdt, H.: Revolution und Rechtswissenschaft. Greifswald 1930.

v. Hippel, E.: Das richterliche Prüfungsrecht. Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd. II S. 546. Tübingen 1932.

Hubrich, Ed.: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reichs. Greifswald 1921.

von Jan, H.: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern. München, Berlin u. Leipzig 1927.

Jellinek, W.: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2 S. 38. Berlin u. Leipzig 1925. (Zit.: Veröffentlichungen.)

Jellinek, W.: Verfassungswidrige Reichsgesetze. DJZ. 1921 S. 753.

Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. Berlin 1929.

Kaufmann, E.: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Veröffentl. der Vereinigung d. Dtsch. Staatsrechtslehrer. Heft 3 S. 2. Berlin u. Leipzig 1925.

Koellreutter, O.: Richterliches Prüfungsrecht. Handwörterb. d. Rechtswiss. Bd. V S. 146.

Kratzer, J.: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern. München, Berlin u. Leipzig 1925.

Laband, P.: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1911.

Lammers-Simons: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1929.

Lebon, A.: Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. VI. Tübingen 1909.

Leibholz, G.: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Berlin 1925.

Meißner, O.: Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder. Berlin 1923.

Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien u. Berlin 1927.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 1914.

Morstein Marx, Fr.: Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Berlin 1927. (Zit.: Variationen.)

Morstein Marx, Fr.: Art. 13 Abs. II der Reichsverfassung und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit. Arch. d. öffentl. Rechts, NF. Bd. 6 S. 218.

Nawiasky, H.: Bayrisches Verfassungsrecht. München, Berlin u. Leipzig 1923.

Nawiasky, H.: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. DJZ. 1923 S. 40.

Nawiasky, H.: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Veröffentl. d. Ver. d. Dtsch. Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 25.

Peters, H.: Das Notverordnungsrecht nach Art. 55 der preußischen Verfassung. Verwaltungsarch. Bd. 31 S. 375.

Piloty, R.: Die Verfassung des Freistaates Bayern. München, Berlin, Leipzig 1919.

Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung. Berlin 1928.

Radbruch, G.: Richterliches Prüfungsrecht? Die Justiz Bd. I S. 12.

Schack, Fr.: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung. Berlin 1918. (Zit.: 1918.)

Schack, Fr.: Zur richterlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen im neuen Reichs- und preußischen Recht. Arch. f. öffentl. Recht NF. Bd. 2 S. 163.

Schack, Fr.: Sind die Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? Gruch. Beitr. Bd. 66 S. 81.

Schelcher: Das Prüfungsrecht der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen. Fischers Ztschr. Bd. 59 S. 17.

Schmitt, C.: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.

Schmitt, C.: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. Festgabe für das Reichsgericht. Berlin u. Leipzig 1929.

Schoenborn, W.: Die Notverordnungen. Handbuch d. Deutsch. Staatsrechts Bd. II S. 300. Tübingen 1932.

v. Seydel, M.: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. Freiburg i. Br. u. Leipzig 1897.

Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin u. Leipzig 1924. (Zit.: Grundriß.)

Stier-Somlo: Kommentar zur Verfassung des Freistaats Preußen. Berlin u. Leipzig 1921.

Stier-Somlo: Die verfassungsmäßigen Rechte des preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung. Arch. d. öffentl. Rechts NF. Bd. 3 S. 129, bes. S. 184 ff.

Theisen: Verfassung und Richter. Ebenda NF. Bd. 8 S. 257.

Thoma, R.: Das richterliche Prüfungsrecht. Ebenda NF. Bd. 4 S. 267.

Thoma, R.: Grundrechte und Polizeigewalt. Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht. Berlin 1925.

Triepel, H.: Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung. Arch. d. öffentl. Rechts Bd. 39 S. 456.

Triepel, H.: Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Festgabe für Kahl. 1923, S. 90.

Verfassunggebende Preußische Landesversammlung 1919/20. 12. (Verfassungs-) Ausschuß, wörtliche Niederschrift der Verhandlungen über den Entwurf einer Verfassung für Preußen. — Drucksache Nr. 2000. — Nr. 3120 B. (Zit. Verfassungsausschuß.)

Vogels, A.: Die preußische Verfassung. Berlin 1921.

Waldecker, L.: Die Verfassung des Freistaates Preußen. Berlin 1928.

Waldecker, L.: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Arch. öffentl. Recht NF. Bd. 13 S. 59 ff.

Wassertrüdinger: Darf der Richter die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze nachprüfen? JW. 1924 S. 44.

Wittmayer, Leo: Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.

Zitelmann: Lücken im Recht. 1903.

Einleitung.

§ 1.
Die Abgrenzung des Problems.

Die Verwendung des Ausdrucks „richterliches Prüfungsrecht“ bald in weitem, bald in engerem Sinne läßt es ratsam erscheinen, von dem weitesten Begriff auszugehen, um durch Ausscheidung alles nicht unbedingt Zugehörigen eine klare Fragestellung zu erreichen: die übliche Begriffsbestimmung versteht unter dem Prüfungsrecht das Recht der Behörden, Rechtsnormen auf ihre Verbindlichkeit zu prüfen und gegebenenfalls nicht anzuwenden.

Der herkömmliche Ausdruck „richterliches Prüfungsrecht“ hat zwei kleine Mängel: einmal: gibt es überhaupt ein Prüfungs*recht*, dann ist damit für den Richter auch die Prüfungs*pflicht* verbunden; denn dann ist die Prüfung nicht in das Belieben des Richters gestellt. Der Ausdruck „Prüfungszuständigkeit“[1]) ist daher genauer. Zweitens kommt es praktisch, genau genommen, nicht so sehr auf die Prüfung der Norm an wie vielmehr auf ihre Folge, die eventuelle Nichtanwendung. Da aber der ungenaue Ausdruck allgemein gebräuchlich ist und bisher allseits richtig aufgefaßt wurde, zu Mißverständnissen also nicht führt, soll er in Zukunft neben dem Wort Prüfungszuständigkeit beibehalten werden.

Die erste Einschränkung dieses allgemeinen Begriffs ergibt sich (bezüglich des Subjekts der Prüfung) aus der Aufgabestellung nur nach dem *richterlichen* Prüfungsrecht. Damit ist entschieden, daß für die weitere Behandlung nur die ordentlichen Gerichte und die Verwaltungsgerichte, soweit sie mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sind[2]), in Frage kommen.

---

[1]) Morstein Marx: Variationen S. 4.

[2]) Arndt, Pr. Verw.Bl. Bd. 43 S. 291.

Zum Begriff des richterlichen Prüfungsrechts im weitesten Sinne gehören auch folgende Fragen: Hat der Richter die Uebereinstimmung eines Rechtssatzes mit anerkannten Regeln des Völkerrechts, mit angeblich naturrechtlichen Sätzen und Forderungen des allgemeinen Rechtsbewußtseins und der Sittlichkeit zu untersuchen? Hat er die Verfassungsurkunden auf ihre rechtmäßige Entstehung nachzuprüfen? Doch werden diese Fragen herkömmlicherweise bei Untersuchungen über das richterliche Prüfungsrecht nie mitbehandelt, und mit gutem Grund: die Bindung des Richters an die anerkannten Regeln des Völkerrechts ist durch Art. 4 RV. entschieden. Die Fragen der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers und der Legitimität der Verfassung hängen zwar in ihrem Ausgangspunkt und in ihrer schließlichen Wirkung mit dem Prüfungsrecht zusammen, bilden aber im übrigen gänzlich selbständige Probleme: das rechtfertigt ihre Ausscheidung aus dieser Arbeit. Diese Beschränkung bezüglich des „Vergleichsgegenstands", wie die (angeblich) höheren Normen genannt werden sollen, ergibt also, daß, wenn überhaupt, immer nur die Uebereinstimmung der Rechtssätze mit der Verfassung zu prüfen ist.

Nach dem Objekt der Prüfung läßt sich weiter unterscheiden die Prüfung

- der Gesetze im formellen Sinn,
- des Gewohnheitsrechts,
- der Verordnungen, sowohl Rechts- wie Verwaltungsverordnungen,
- der Notverordnungen.

Hierbei ist das Gewohnheitsrecht, da es dem Gesetz gleichwertig ist, immer wie das Gesetz zu behandeln und braucht in Zukunft nicht mehr besonders erwähnt zu werden. Seine Nachprüfung wird übrigens deshalb nicht so leicht praktisch, weil bei entgegenstehenden „höheren" Normen regelmäßig wegen mangelnder opinio necessitatis eben noch kein Gewohnheitsrecht entstanden sein wird.

Somit lautet nach Ausscheidung aller nicht zu behandelnden Fälle die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht: Ist das ordentliche Gericht und das unabhängige Verwaltungsgericht zuständig, Gesetze, Verordnungen und Notverordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, und welche Wirkung hat das gegebenenfalls?

§ 2.
Seine Unterteilung.

Eine Unterteilung der Frage ergibt sich, je nachdem ob die nachzuprüfende Norm Landes- oder Reichsrechtssatz ist.

Das Recht und die Pflicht des Richters, Landesrecht auf seine Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen, ergibt sich unzweifelhaft aus Art. 13, I RV: Reichsrecht bricht Landrecht. Eine solche Norm höheren Ranges ist alles allgemeinverbindliche Reichsrecht, also außer der Reichsverfassung die einfachen Reichsgesetze, die Reichsverordnungen und das Reichsgewohnheitsrecht[1]). Landesverfassungsrecht steht in dieser Beziehung nicht höher als einfaches Landesrecht, es wird ebenfalls von jeder Reichsrechtnorm gebrochen[2]). Danach ist der Richter also zuständig, jeden Landesrechtssatz vor seiner Anwendung auf seine Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht zu prüfen. Die Wirkung ist: die dem Reichsrecht widersprechende Bestimmung bleibt außer Anwendung, ist für die vorliegende Entscheidung unbeachtlich. Dies ist also ein Fall der „Anwendungsprüfung"[2a]), mit Rechtskraftwirkung nur unter den Parteien.

Damit ist die landesrechtliche Norm noch nicht aufgehoben. Um auch dies zu erreichen, bestimmt Art. 13, II RV. in Verbindung mit dem Gesetz vom 8. 4. 1920[3]), daß bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, die Reichs- oder Landeszentralbehörde das Reichsgericht anrufen kann; dies entscheidet über die Vereinbarkeit durch Beschluß mit Rechtskraftwirkung für alle. Mit derselben Wirkung entscheidet über Verfassungsmäßigkeit von Landesrecht und Reichsrecht auf dem Spezialgebiet der Steuergesetzgebung der Reichsfinanzhof[4]) und in Beamtenbesoldungsfragen das Reichsschiedsgericht[5]). In diesen Fällen handelt es sich um eine Prüfung im Haupt- oder Schlußprüfungsverfahren mit Rechtskraftwirkung für alle.

---

[1]) Anschütz, RV. zu Art. 13,3e; Hatschek I S. 17.

[2]) Anschütz, RV. zu Art. 13,3b; ders. Verw.Arch. Bd. 30 S. 347; Poetzsch-Heffter, RV. zu Art. 13,2; Giese, RV. zu Art. 13,1; Piloty zu § 72,1.

[2a]) Verdeutschungsversuch für Inzidentprüfung.

[3]) RGBl. S. 510.

[4]) Finanzausgleichsgesetz vom 27. 4. 1926 (RGBl. S. 203).

[5]) Beamtenbesoldungssperrges. vom 21. 12. 1920 (RGBl. S. 2117)

Auch der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich kann ein richterliches Prüfungsrecht ausüben: es steht nichts entgegen, unter dem Begriff „Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art zwischen dem Reich und einem Lande“ des Art. 19 RV. auch Streitigkeiten über die Vereinbarkeit eines Landesrechtssatzes mit dem Reichsrecht zu verstehen[6]). Weitere Voraussetzung dafür, daß der Staatsgerichtshof über den Einklang des Landesrechtssatzes mit dem Reichsrecht entscheidet, ist dann, daß durch das Reich oder das Land ein Antrag gestellt wird, und kein anderer Gerichtshof des Reichs zuständig ist. (Dies letzte trifft zu in den drei oben genannten Fällen der Zuständigkeit des Reichsgerichts, Reichsfinanzhofs und Reichsschiedsgerichts.)

Das gilt aber nur für die Nachprüfung eines Landesrechtssatzes. Handelt es sich um Reichsrecht, so kann nach Ansicht des Verfassers der Staatsgerichtshof auch tätig werden, wenn folgender Weg eingeschlagen wird: ein Land, das nach Art. 14 RV. das Reichsgesetz auszuführen hat, verweigert dies, weil es nach seiner Ansicht verfassungswidrig ist. Kraft seines Aufsichtsrecht (Art. 15 RV.) geht darauf das Reich mit der Mängelrüge vor. So entsteht eine Meinungsverschiedenheit i. S. von Art. 15, III, 2 RV.[7]) und die Reichsregierung oder die Landesregierung kann den Streit um die Reichsverfassungsmäßigkeit des Reichsgesetzes durch den Staatsgerichtshof entscheiden lassen. — Auch in diesen beiden Fällen des Art. 19 RV. und Art. 15, III RV. handelt es sich ebenso wie in dem besprochenen Fall des Art. 13, II RV. um ein Hauptprüfungsverfahren; zum Unterschied von der Entscheidung des Reichsgerichts, Reichsfinanzhofs und Reichsschiedsgerichts ergeht diese Entscheidung des Staatsgerichtshofs jedoch nur mit beschränkter Tatbestandswirkung inter partes, und wohl auch nur über die Rechtmäßigkeit der Mängelrüge; denn dies ist die Regel, und es erscheint unzulässig, die Ausnahmevorschriften der genannten Gesetze auf diesen Fall auszudehnen.

Der allgemeine Ueberblick ergibt also: richterliche Nachprüfung landesrechtlicher Normen auf ihre Reichsverfassungsmäßigkeit ist in Art. 13 Abs. I und Abs. II RV. und Art. 19 RV. vorgeschrieben; sowohl der einzelne Richter

---

[6]) Das wird nirgends bestritten, jetzt auch nicht mehr von Anschütz, RV. zu Art. 19,4; zu Art. 15,8.

[7]) Siehe Anm. 6.

wie besondere Zentralgerichte sind dazu zuständig. Reichsrechtsnormen sind dann durch zentrales Organ nachprüfbar, wenn sie den Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Reich und einem Land bei Ausführung der Reichsgesetze bilden (Art. 15, III RV.)[8]). Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts im e n g e r e n Sinn beschäftigt sich nun mit dem Problem, ob in den übrigen Fällen der Richter zuständig ist, Reichsrecht auf seine Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung und Landesrecht auf seine Vereinbarkeit mit der Landesverfassung nachzuprüfen. Diese Frage wird nach diesem einführenden Ueberblick im folgenden nach preußischem und bayrischem Verfassungsrecht zu erörtern sein, und zwar mit folgender Grundeinteilung:

I. Teil: Das richterliche Prüfungsrecht nach geltendem preußischen Verfassungsrecht.
   1. Abschnitt: Seine Gestaltung.
   2. Abschnitt: Sein Einklang mit dem Reichsrecht.

II. Teil: Das richterliche Prüfungsrecht nach geltendem bayrischen Verfassungsrecht.
   1. Abschnitt: Seine Gestaltung.
   2. Abschnitt: Sein Einklang mit dem Reichsrecht.

---

[8]) Dazu Triepel, Streitigkeiten S. 90.

Erster Teil:
Das richterliche Prüfungsrecht nach preußischem Verfassungsrecht.

1. Abschnitt: Seine Gestaltung.

§ 3.
Der Ausgangspunkt. Formelles und materielles Prüfungsrecht.

Der Ausgangspunkt für die Untersuchung ist Art. 60, 61, I pr. V.[1]). Diese Artikel bilden, zusammen mit einer weiteren die Wiederholung bereits erledigter Vorlagen verbietenden Bestimmung, den ganzen Abschnitt über die Gesetzgebung. Art. 60 pr. V. regelt die Verkündung der Gesetze durch das Staatsministerium, Art. 61, I die Voraussetzungen der Verbindlichkeit eines Gesetzes. Diese Artikel sind nunmehr daraufhin auszulegen, ob und gegebenenfalls was sie über das richterliche Prüfungsrecht bestimmen. In der Wissenschaft ist diese Frage sehr verschieden beantwortet worden. Fast alle nur denkbaren Ansichten werden vertreten, aber meistens ohne genügende Begründung, sodaß bisher keine Einigung erzielt wurde, ja nicht einmal von einer vorherrschenden Meinung gesprochen werden kann! Nur über eins besteht Einigkeit: darüber, daß Art. 60 und 61 wenn überhaupt, dann nur über das sogenannte formelle Prüfungsrecht, nicht aber über das sogenannte

---

[1]) Pr. V. vom 30. 11. 1920, Art. 60: Das Staatsministerium verkündet in der Preußischen Gesetzessammlung die verfassungsmäßig zustandegekommenen Gesetze und die vom Landtage genehmigten Staatsverträge.

Art. 61, I: Ein Gesetz ist verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustande gekommen und vom Staatsministerium in der vorgeschriebenen Form verkündet worden ist. Bei der Verkündung muß ausgesprochen sein, daß das Gesetz vom Landtag oder durch Volksentscheid beschlossen worden ist. Artikel 13 der Reichsverfassung wird hiervon nicht berührt.

materielle Prüfungsrecht ausdrücklich etwas aussagen. Da diese Unterscheidung den ganzen Fragenkreis des richterlichen Prüfungsrechts beherrscht und auch gerade im preußischen Verfassungsrecht eine große Bedeutung hat, ist vorweg zu erörtern, was sie enthält, und ob sie gerechtfertigt ist.

„Formelles Prüfungsrecht" soll bedeuten das Recht, eine Norm daraufhin zu untersuchen, ob die von der Verfassung vorgeschriebenen Formen für das Gesetzgebungsverfahren gewahrt sind — „materielles Prüfungsrecht" das Recht, zu prüfen, ob die Norm mit dem Inhalt der Verfassung übereinstimmt. Schon die Bezeichnung ist ungenau, denn auch bei Verstoß gegen die in der Verfassung geregelten Formvorschriften liegt ein Verstoß gegen den Inhalt der Verfassung vor. Doch das ist nur ein Einwand gegen ein sprachliches Versehen, der nicht schwer wiegt. Aber auch die sonstige Undurchführbarkeit dieser Unterscheidung stellen mit Recht Anschütz, Thoma, Schelcher, Hippel und Wassertrüdinger fest[2]). Grundlage hierfür ist diese Erwägung: Zu den Bestimmungen über die Form eines Gesetzes gehört auch Art. 76 RV; die Zweidrittelmehrheit ist dann erforderlich, wenn das Gesetz seinem Inhalt nach eine Verfassungsänderung enthält. Wurde es nicht mit der besonderen Mehrheit angenommen, so ist es nicht „verfassungsmäßig zustandegekommen". Die sogenannte formelle Prüfung ist also nicht beendet, wenn untersucht ist, ob die Vorschriften über den „Weg der Gesetzgebung" eingehalten sind, aber nicht geprüft wird, ob nicht nur die erhöhte Mehrheit das Gesetz beschließen konnte: dies hängt aber wieder von der Prüfung der sogenannten inhaltlichen Uebereinstimmung des Gesetzes mit der Verfassung ab. Das läßt sich auch so ausdrücken: die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm ist immer eine Prüfung der ordnungsmäßigen Form der Norm. Wer also die formelle Prüfung bejaht, bejaht damit notwendigerweise auch die materielle. Damit ist die praktische Unbrauchbarkeit dieser Unterscheidung zwischen sogenanntem formellen und sogenanntem materiellen Prüfungsrecht bewiesen. Wer das eine bejaht, das andere verneint, gibt keine klare Antwort auf die Frage nach dem Prüfungsrecht.

---

[2]) Anschütz zu Art. 70,2; Thoma, Arch. öff. R. NF. 4 S. 267 Anm. 1; Schelcher, Fisch. Ztschr. 59 S. 45; Hippel, Handb. II S. 557; Wassertrüdinger, JW. 1925 S. 44.

Trotzdem enthält die Unterscheidung nach Ansicht des Verfassers einen richtigen Kern, den die oben genannten Kritiker der herrschenden Unterscheidung nicht beachten: es kann dem Gesetzgeber nicht das Recht abgesprochen werden, daß er sich für eine Prüfung nur des ordnungsmäßigen Gesetzgebungsverfahrens einsetzt, ohne die Prüfung auf den sonstigen (durch dieses Wort wird die oben gerügte Ungenauigkeit der Bezeichnung vermieden) Inhalt der Verfassung zuzulassen — aber nur unter einer Voraussetzung ist bei Vermeidung des oben gerügten Fehlers diese Teilung möglich: der Voraussetzung, daß dann von den Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren die Vorschrift des Art. 76 RV. ausgenommen wird. Geschieht dies nicht, so enthält nach dem Obigen die sogenannte formelle Prüfung immer zugleich die Prüfung der Uebereinstimmung mit dem sonstigen Verfassungsinhalt; denn Art. 76 RV. ist es, der das Uebergehen des formellen Rechts in das materielle verursacht. Definiert man aber „formelle Prüfung = Prüfung auf verfassungsmäßiges Gesetzgebungsverfahren unter Ausschluß der Prüfung ob Zweidrittelmehrheit vorhanden war“, dann erhält die oben als undurchführbar abgelehnte Unterscheidung ihre Berechtigung wieder — aber auch nur dann. Im Zweifel wird es nun dem Willen eines Schriftstellers, der nur von der formellen Prüfung handelt, entsprechen, wenn man die Prüfung der Einhaltung des Art. 76 RV. von ihr ausnimmt; und ebenso wird dann eine Vorschrift, die nur von dem verfassungsmäßigen Zustandekommen spricht, in demselben Sinn auszulegen sein: Die Berechtigung zu dieser beschränkenden Auslegung ergibt sich daraus, daß dann die weitverbreitete Begrenzung auf den formellen (oder materiellen) Teil des Prüfungsrechts ihren Sinn behält; dann entfällt der Vorwurf, der zunächst ohne die einschränkende Auslegung des Wortes „verfassungsmäßig zustandegekommen“ gemacht werden mußte — der Vorwurf, daß die so einschränkenden Autoren, obwohl sie die materielle Prüfung ausdrücklich verneinen, sie durch nicht beschränkende Bejahung des formellen Prüfungsrechts begrifflich-zwingend bejahen müßten, sich also in einen unlösbaren Widerspruch begeben! Das wird vermieden durch die gefundene Begriffsbestimmung, die ohne Bedenken auch den Schriftstellern und dem Gesetzgeber zu Grunde gelegt werden darf. Es ist dies keine Unterschiebung der Definition, sondern die ausdrück-

liche Formulierung einer von ihnen stillschweigend zu Grunde gelegten Begriffsbestimmung: man dachte bei seinen Ausführungen nicht an Art. 76 RV.; hätte man an ihn gedacht und sich die Folgerungen vorgestellt, so hätte man bestimmt auch diese beschränkende Definition aufgestellt: „Formelle Prüfung oder Prüfung auf verfassungsmäßiges Zustandekommen ist Prüfung des verfassungsmäßigen Gesetzgebungsverfahrens ohne Prüfung der etwaigen Notwendigkeit einer Zweidrittelmehrheit". Diese Begriffsbestimmung wird in Zukunft zu Grunde gelegt werden.

§ 4.

Der Streitstand bezüglich des Prüfungsrechts bei Gesetzen.

Ueber die entscheidende Frage nun, ob und in welchem Sinne die richterliche Prüfungszuständigkeit in Art. 60/61 pr. V. geregelt ist, gehen die Ansichten sehr weit auseinander. Lediglich das steht fest, daß die sogenannte materielle Prüfung nicht ausdrücklich genannt ist: es wird nur von dem „verfassungsmäßigen Zustandekommen" gesprochen. Ob sie damit aber verneint oder bejaht oder ungeregelt geblieben ist, ist mit dieser Feststellung noch nicht entschieden. Das kann erst geprüft werden, wenn die Regelung der sonstigen Prüfungszuständigkeit erkannt ist. Zuerst ist das formelle Prüfungsrecht zu untersuchen, und zwar, da Art. 61 pr. V. nur von der Verbindlichkeit eines Gesetzes spricht, zunächst nur bezüglich der Gesetze im formellen Sinn.

Aus Art. 60 pr. V. folgt unmittelbar für das richterliche Prüfungsrecht nichts, wohl aber kann dieser Artikel später mittelbar von Bedeutung werden, wenn feststeht, daß er ein Prüfungsrecht des Staatsministeriums festsetzt und daß vielleicht dadurch das nochmalige Prüfungsrecht durch den Richter ausgeschlossen werden soll. Näher liegt die Untersuchung von Art. 61 pr. V. Zur Uebersicht werden zunächst die verschiedenen Ansichten über Art. 61 mit kurzer Begründung, soweit eine solche überhaupt gegeben wird, dargestellt, um darauf in eine Würdigung und eigene Stellungnahme einzutreten.

Ein Teil der Schriftsteller, Arndt, Vogels, Jellinek und Hatschek[1]) sieht in Art. 61 pr. V. eine ausdrückliche Ver-

---

[1]) Arndt, Pr. Verf. zu Art. 41,1; Vogels, Pr. Verf. zu Art. 61,II; Jellinek, Verf. und Verw. S. 123; Hatschek I S. 29; II S. 96.

neinung des formellen richterlichen Prüfungsrechts. Voraussetzung der Verbindlichkeit sei nur die Verkündung und die Beschlußfassung durch den Landtag oder durch Volksentscheid, die übrigen Formalien des Gesetzgebungsverfahrens seien nicht nachprüfbar, ein formelles Prüfungsrecht in dem beschriebenen Sinn gebe es nicht. Das folge aus der „Verbindlichkeit des Gesetzes“, d. h. der von dem Gesetz ausgehenden Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse der Untertanen (Vogels) und aus der Wirkung der Ausfertigung, die es auch in Preußen gebe und die eine unwiderlegliche Vermutung für die Richtigkeit des Gesetzesinhalts erzeuge (Hatschek). Besonders aber spreche hierfür trotz des Wortslauts „verfassungsmäßig zustandegekommen“ die Erklärung eines Abgeordneten im preußischen Verfassungsausschuß[2]): der Richter habe zu sehen, ob das Gesetz vom Landtag beschlossen und ob es in der vorgeschriebenen Form verkündet sei. Hiermit sei gesagt, was der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „verfassungsmäßig zustandegekommen“ verstanden wissen wollte: nur das Zustandekommen durch Beschluß des Landtags oder durch Volksentscheid. Die Prüfung der weiteren formellen Voraussetzungen sei also ausgeschlossen; Art. 61 pr. V. verbiete mit der genannten Einschränkung die formelle Prüfung.

Die gerade entgegengesetzte Meinung, daß in Art. 61 pr. V. das sogenannte formelle Prüfungsrecht in vollem Umfange bejaht sei, vertreten Giese-Volkmann, Stier-Somlo, Bühler und besonders Waldecker[3]). Noch zögernd nimmt Bühler Stellung, indem er aus Art. 60 nichts für das richterliche Prüfungsrecht folgert und aus Art. 61 „höchstens“ die Bejahung des formellen Prüfungsrechts herauslesen zu können glaubt. Widerspruchsvoll ist zuerst Stier-Somlo[4]), indem er zunächst ausführt, der Richter habe nur zu sehen, ob das Gesetz ordnungsmäßig verkündet ist und vom Landtag beschlossen ist, dann aber[5]) ein (nicht weiter verwunderliches) Mißverständnis Thomas[6]) berich-

---

[2]) Verf.Aussch. Sp. 201.

[3]) Giese-Volkmann, Pr. Verf. zu Art. 61,4; Stier-Somlo, Pr. Verf. zu Art. 61,2; ders. Grundr. S. 678; ders. Arch. öff. R. NF. 3 S. 190; Bühler, DJZ. 1921 Sp. 580; Waldecker, Pr. Verf. zu Art. 61,1.

[4]) In Pr. Verf. zu Art. 61,2.

[5]) In Grundriß S. 678.

[6]) Arch. öff. Recht NF. 4 S. 283.

tigend, sich bei Auslegung des Art. 61 pr. V. für das richterliche Prüfungsrecht einsetzt. Ganz klar sagt er an anderer Stelle[7]), daß aus Art. 61 pr. V. die Bejahung des formellen Prüfungsrechts herauszulesen sei. Giese-Volkmann vertritt ohne Begründung denselben Standpunkt. Anschütz schließlich zweifelt ebenfalls nicht an dem formellen Prüfungsrecht nach Art. 61 und beschränkt es ausdrücklich im Gegenstand auf preußische Landesgesetze, was in anderem Zusammenhang noch von Bedeutung sein wird. Für alle Verfasser wird die Hauptbegründung in dem Wortlaut, „wenn es verfassungsmäßig zustandegekommen ..." ist, liegen, ohne daß dies besonders ausgesprochen wird. Lediglich Waldecker gibt eine eingehendere Begründung, die an dieser Stelle nur stichwortartig wiedergegeben werden soll: er beruft sich darauf, daß die Prüfung durch das Staatsministerium, die zu bejahen sei, keinen Gegengrund gegen das formelle richterliche Prüfungsrecht bilde, daß die allgemeine Stellung der Gerichte das Prüfungsrecht verlange, und daß sonst die förmlichen Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren zwecklos seien. Die aus den Materialien angeführten Gegengründe seien nicht stichhaltig, im Gegenteil sprächen Aeußerungen der Abgeordneten für das formelle Prüfungsrecht. Und schließlich sei es rechtspolitisch zu fordern, um einen Absolutismus des Landtags zu verhindern.

Eine dritte Ansicht schließlich behauptet, in Art. 60/61 pr. V. sei über das richterliche Prüfungsrecht überhaupt nichts ausgesagt. Schack, Thoma und Hippel[8]) folgern dies in erster Linie aus dem unklaren Wortlaut des Art. 61, der nichts Entscheidendes aussage, und aus den widerspruchsvollen Aeußerungen der Abgeordneten im Verfassungsausschuß. Schack[9]) will seine Ansicht außerdem damit begründen, daß in allen anderen Verfassungen die Verbindlichkeit allein von der Verkündung abhänge, und daß die Prüfung durch das Staatsministerium die richterliche Prüfung ausschließe.

---

[7]) Ebenda NF. 3 S. 190.

[8]) Schack, Arch. ö. R. NF. 2 S. 169; ders. Gruch. Bd. 66 S. 83; Thoma, Arch. ö. R. NF. Bd. 4 S 283; Hippel, Handb. Bd. II S. 559.

[9]) Schack, Arch. ö. R. NF. Bd. 2 S. 169.

§ 5.

Kritik der das Prüfungsrecht verneinenden Ansicht.

Die drei dargestellten Ansichten sind jetzt zu würdigen:

Zunächst erscheint die Meinung, daß mit Art. 60/61 pr. V. das formelle richterliche Prüfungsrecht abgelehnt werden solle, nicht richtig. Hatschek[1]) begründet seine Ansicht zunächst damit, daß durch die Ausfertigung ebenso wie im Reich auch in Preußen eine unwiderlegliche Vermutung für das verfassungsmäßige Zustandekommen und durch die Verkündung im Gesetzblatt die sogenannte materielle Gesetzeskraft geschaffen werde. Diese Behauptung setzt voraus, daß es auch in Preußen eine dem Reichsrecht entsprechende Ausfertigung gibt, obwohl nicht von ihr die Rede ist; dies kann als bewiesen angesehen werden: nach Art. 60 pr. V. verkündet das Staatsministerium die „verfassungsmäßig zustandegekommenen" Gesetze. Um diese, und nur diese, zu verkünden, muß es vorher geprüft haben, ob die Gesetzesurkunde mit dem vom Landtag beschlossenen Gesetzesinhalt übereinstimmt, und ob das Gesetzgebungsverfahren verfassungsmäßig war[2]). Die Beurkundung der Gesetze nach einer solchen Prüfung ist aber die Ausfertigung. Also gibt es eine Ausfertigung mit denselben Voraussetzungen und Wirkungen wie im Reich auch in Preußen[2]). Daß aber die Ausfertigung die vielfach behauptete Wirkung einer praesumtio iuris et de iure haben soll, ist zu bestreiten! Diese Auffassung geht zurück auf Laband[3]). Er führt für das alte Reichsrecht aus, daß die Vermutung, die durch die Ausfertigung des Gesetzes durch den Kaiser für die Identität des Ausgefertigten mit dem vom Gesetzgeber Beschlossenen und für das verfassungsmäßige Zustandekommen spreche, unwiderleglich sei. Eben weil das hohe Staatsorgan Kaiser schon geprüft habe, könne eine Prüfung durch das Gericht nicht mehr stattfinden. Diese Begründung überträgt u. a. Anschütz[4]) auf das heutige Reichsrecht, und Hatschek und Vogels, wie gezeigt, auf das preußische Recht. Mit Grund wird gegen diese Ausführungen all-

---

[1]) Hatschek, Staatsrecht Bd. II S. 96.

[2]) Hatschek Bd. II S. 94, 97; Anschütz, RV. zu Art. 70,1; Waldecker zu Art. 60,1 -3; Schack, Arch. ö. R. NF. Bd. 2 S. 168.

[3]) Laband Bd. II S. 44; Meyer-Anschütz S. 739.

[4]) Anschütz, RV. zu Art. 70,3.

gemein Sturm gelaufen[5]). Diese Beweisführung ist eine unverhüllte petitio principii, ein Vorwurf, der in diesem großen Streit von beiden Seiten bis zum Ueberdruß erhoben wird, hier aber sehr berechtigt ist: durch die Behauptung der Unwiderleglichkeit der Vermutung wird gerade das vorwegbehauptet, was bewiesen werden soll. Ob die richterliche Prüfung gegeben ist, ist ja gerade die Frage! Prüfung durch ein Organ schließt nicht ohne weiteres die Prüfung durch ein zweites aus; einen solchen Rechtssatz gibt es nicht. Wenn das vom Gesetzgeber gewollt wäre, hätte es gesagt werden müssen. Die „Beweisführung" Labands und seiner Anhänger hat den politischen Sinn, den Monarchen allein über die Verfassungsmäßigkeit entscheiden zu lassen. Auch die Uebernahme dieses Grundes auf das geltende preußische Recht durch Hatschek[6]), den „wissenschaftlichen Schrittmacher des extremen Parlamentarismus" (Bühler)[7]) ist verständlich: denn durch die Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts wird letzten Endes auch eine bedeutsame Machterweiterung des Parlaments gegenüber den anderen Staatsorganen geschaffen. Der Gesetzgeber braucht dann bei seinen Gesetzesbeschlüssen auf die Verfassung nicht so sehr Rücksicht zu nehmen, wenn nicht das Gespenst der richterlichen Nachprüfung hinter ihm steht. Hierauf wird in anderem Zusammenhang noch näher einzugehen sein. Außerdem ist die Behauptung der Unwiderleglichkeit der Vermutung auch deshalb falsch, weil das zuerst prüfende Organ, der Reichspräsident oder das Staatsministerium, ja die Spitze der vollziehenden Gewalt ist. An deren Feststellung ist aber die richterliche Gewalt grundsätzlich nicht gebunden. — Aus diesen Gründen ergibt sich, daß die Ausfertigung, die Prüfung der Gesetze durch das Staatsministerium, keine *unwiderlegliche* Vermutung für ihre Verfassungsmäßigkeit bewirkt. Dieser Grund gegen das formelle Prüfungsrecht in Preußen ist also hinfällig.

Die zweite Begründung für ihre Ansicht ziehen die Gegner des richterlichen Prüfungsrechts nach preußi-

---

[5]) Schon Seydel S. 173, besonders scharf dann Triepel, Arch. ö. R. Bd. 39 S. 535; u. Thoma, ebenda NF. 4 S. 270. Ferner: Nawiasky, DJZ. 1923 S. 41; von Freytagh-Loringhoven S. 239; Schack, Arch. öff. R. NF. Bd. 2 S. 168; Wassertrüdinger, JW. 1925 S. 45; Bendix, JW. 1924 S. 527; Koellreutter S. 147.

[6]) **Hatschek**, Bd. II S. 94, 97.

[7]) **Bühler**, RV. S. 141.

schem Verfassungsrecht aus der dem Gesetzentwurf von der Regierung beigegebenen „Begründung“[8]): In ihr habe ein Abgeordneter erklärt, der Richter habe zu sehen, ob das Gesetz vom Landtag beschlossen sei (und ob es vom Staatsministerium in der vorgeschriebenen Form ... verkündet worden sei). Mit dem ersten Teil dieses Satzes sei das „verfassungsmäßig zustandegekommen“ umschrieben: es bedeute nur den Beschluß durch den Landtag oder durch Volksentscheid. Im übrigen sei das Gesetzgebungsverfahren nicht nachprüfbar. Ein formelles Prüfungsrecht im behaupteten Sinn gebe es also nicht (Arndt, Vogels, Jellinek)[9]). Da man sich auf die „Begründung“ beruft, ist auf sie genauer einzugehen, obwohl die Beweiskraft der Abgeordnetenerklärungen bei Beratungen nicht überschätzt werden darf.

Im Verfassungsausschuß der verfassunggebenden preußischen Landesversammlung 1919/20 gab in erster Lesung bei Beratung des § 42, der dem heutigen Art. 61 entspricht, der Staatssekretär Freund folgende Erklärung ab[10]): „§ 42 bedeutet nur eine Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechts, ob ein Gesetz verbindlich ist oder nicht. Der Richter hat zu sehen, ob das Gesetz vom Landtage beschlossen ist, und ob es vom Staatsministerium in der vorgeschriebenen Form, d. h. in der Form, die § 42 nachher selbst vorschreibt, verkündet worden ist. Diese Voraussetzungen der richterlichen Prüfung sollen der Deutlichkeit halber hier nebeneinander gestellt werden.“ Daraus folgt tatsächlich, daß von diesem Verfassungsausschußmitglied mit dem Ausdruck „wenn es (das Gesetz) verfassungsmäßig zustandegekommen ist“, nur gemeint ist, „wenn es vom Landtag[11]) beschlossen ist“. Der Wortlaut des Gesetzes allein dagegen umfaßt zweifellos die Prüfung a l l e r Voraussetzungen des Gesetzgebungsverfahrens, also auch z. B. der Voraussetzungen in Art. 29; 6; 40; 42 pr. V. Wenn also die Bemerkung Freunds tatsächlich der „Wille des Gesetzgebers“ ist, so besteht ein sehr auffälliger Widerspruch zwischen ihm und dem zum Ausdruck gekommenen Wortlaut. Dann wäre zu untersuchen, welches denn der wahre Inhalt des Gesetzes ist. Jedoch steht noch gar nicht fest, daß die wiedergegebene

---

[8]) Verf.Aussch. S. 201.

[9]) Arndt, Pr. Verf. zu Art. 61,1; Vogels zu Art. 61,II; Jellinek, Verf. und Verw. S. 123 (zweifelnd).

[10]) Wörtlich aus Verf.Aussch. S. 201.

[11]) Heute zu ergänzen: „oder durch Volksentscheid“.

Erklärung der sogenannte „Wille des Gesetzgebers" ist (soweit man von einem solchen einheitlichen Willen überhaupt reden kann). Der Gesamteindruck aus den Beratungen ist aber nicht der, als ob die Erklärung Freunds die maßgebende Auslegung des Art. 61 sein müßte. Waldecker, der dies auch nachweisen will[12]), macht sich das in einem Punkte zu leicht: er bringt zwar die umstrittene Erklärung auch, aber nur, um daraus sieghaft den Schluß zu ziehen: „also beides hat der Richter zu prüfen: verfassungsmäßiges Zustandekommen u n d Verkündung des Gesetzes" — und die einschränkende Auslegung des verfassungsmäßigen Zustandekommens durch Freund übergeht er! Aber an der Klarheit dieser Aeußerung ist nicht zu zweifeln und ebensowenig daran, daß ihr später nicht ausdrücklich widersprochen wurde (in zweiter und dritter Lesung[13]) wurde nichts für die vorliegende Frage Entscheidendes bemerkt oder am Text geändert). Nun bemerkt Waldecker[14]) treffend, daß oft sehr merkwürdige Ansichten unwidersprochen bleiben, und daß Schweigen nicht nur Zustimmung, sondern auch Ablehnung oder Nichtbeteiligtsein bedeuten kann. Damit ist natürlich die fragliche Erklärung noch nicht unschädlich gemacht, und es soll nicht in den Fehler verfallen werden, unbequeme Aeußerungen in den Motiven als Abirrungen für unbeachtlich zu erklären, aus gerade in die Beweisführung passenden Erläuterungen dagegen „Beweise" zu entnehmen. Aber die Aeußerungen müssen im Zusammenhang verstanden werden, und es dürfen die zufällig klar gefaßten Bemerkungen nicht höher bewertet werden als die zwar unausgesprochen gebliebenen, aber den Gesamtberatungen deutlich erkennbar zu Grunde liegenden Gedankengänge: aus der „Begründung" zu Art. 60 pr. V., die nicht von der zu Art. 61 getrennt werden darf, ergibt sich aber, daß die Erklärungen Freunds durchaus nicht der „Wille des Gesetzgebers" waren. Der Abgeordnete von Kries erklärt[15]), ein die Regierung zur Veröffentlichung verpflichtender Gesetzesbeschluß sei erst dann gegeben, wenn ein eventueller Einspruch des Staatsrats erledigt sei. Dem widerspricht zwar Staatssekretär Freund, aber der Abgeordnete Preuß meint, die Erledigung des Staatsratsein-

[12]) Pr. Verf. zu Art. 61,1.
[13]) Verf.Aussch. Sp. 254 u. Sp. 312.
[14]) Zu Art. 60,5.
[15]) Verf.Aussch. Sp. 199.

spruchs falle entsprechend dem Einspruch des Reichsrats im Reich auch in den Rahmen des verfassungsmäßigen Zustandekommens. Und schließlich — das ist wichtig — kann der Abgeordnete Cohn bemerken, es sei jetzt festgestellt, daß zu dem verfassungsmäßigen Zustandekommen auch schon die Anhörung des Staatsrats notwendig sei! Hiermit ist bewiesen, daß man in Art. 60 nicht die von dem Staatssekretär Freund zu Art. 61 gegebene Auslegung des Wortes „verfassungsmäßig zustandegekommen" für die richtige hielt. Sondern das Wort ist in seinem ursprünglichen Sinn gebraucht; alle Formvorschriften über den Weg der Gesetzgebung fallen darunter, wenn schon festgestellt wird, daß die Erledigung des Staatsratseinspruchs, eine der wichtigsten Formvorschriften, in den Rahmen des verfassungsmäßigen Zustandekommens gehört. Und wenn das in Art. 60 gilt, so muß es genau so in Art. 61 gelten: beide Artikel gebrauchen denselben Ausdruck, stehen im gleichen Zusammenhang und folgen unmittelbar aufeinander. Da kann dasselbe Wort nicht in ganz verschiedenem Sinne gebraucht worden sein. Und bezüglich der Aeußerung des Abgeordneten Freund zu Art. 61 ist es möglich, daß man ein nochmaliges Widersprechen gegen seine Ansicht, mit der er schon bei Beratung des Art. 60 allein stand (daß nämlich zu dem verfassungsmäßigen Zustandekommen die Anhörung des Staatsrats nicht nötig sei), nicht für erforderlich und zur Einigung führend hielt. Dann hat das Schweigen auf seine Ausführungen also tatsächlich nicht Zustimmung bedeutet. Zu beachten ist auch folgendes: wäre wirklich durch die Ausführungen Freunds ein Meinungsumschwung eingetreten, dann hätte man doch bestimmt den Art. 61 anders gefaßt und nicht den sonst ganz irreführenden, viel mehr umfassenden Ausdruck stehen gelassen.

Hiermit ist gezeigt, daß die Erklärung, Prüfung auf verfassungsmäßiges Zustandekommen bedeute nur Prüfung daraufhin, ob das Gesetz vom Landtag oder durch Volksentscheid beschlossen sei, nicht der „Wille des Gesetzgebers" ist, sondern die Ansicht eines Regierungsvertreters. Die entgegengesetzte Anschauung ergab sich aus den Motiven zu dem für die vorliegende Frage gleich zu behandelnden Art. 60 pr. V.

Außerdem — die Gegner zwingen zu einem ausführlichen Eingehen auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung — diene auch ein Wortargument zur Bekräftigung

dieser Ansicht: in Art. 61, I, 2 wird für die Verkündung vorgeschrieben der Ausspruch, daß das Gesetz vom Landtag oder durch Volksentscheid beschlossen worden ist. Wenn „verfassungsmäßiges Zustandekommen" auch bedeuten soll: durch Beschluß des Landtags oder durch Volksentscheid entstanden, warum wurde dann nicht auch im zweiten Satz der kürzere Ausdruck „verfassungsmäßig zustandekommen" gesetzt? Man könnte sagen, das geschehe nicht, um eine Wiederholung zu vermeiden; aber erstens wiederholen die Gesetze sehr oft denselben Ausdruck, wenn damit eine klare Darstellung erreicht wird, und zweitens hätte der Gesetzgeber nie nur des Sprachgefühls wegen im ersten Satz einen ganz und gar unpassenden, weil viel mehr umfassenden, Ausdruck gebraucht. Auch diese Erwägung spricht für die oben gegebene wörtliche Auslegung des Art. 61 pr. V.

Schließlich kann wohl auch die Aeußerung des Abgeordneten Leidig[16]) für die hier vorgetragene gewertet werden. Er fragt, warum hier von der Reichsverfassung abgewichen werden solle, die doch diese Bestimmungen (gemeint sind wohl die beschränkenden Bestimmungen, die Staatssekretär Freund vertritt, die aber nicht im Entwurf stehen) nicht treffe. Es bestehe kein Bedürfnis, das richterliche Prüfungsrecht weiter zu beschränken, als die Reichsverfassung dies tue. Wenn auch nicht sicher ist, welche der sehr umstrittenen Auslegungen der Reichsverfassung zu diesem Punkt der Abgeordnete seinem Satz zu Grunde legt, so will er doch auf jeden Fall gegen die einschränkende Auslegung des Art. 61 pr. V. durch den Regierungsvertreter Front machen.

Auch die Erklärung Freunds, § 42 bedeute nur eine Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechts, zwingt nicht zu seiner hier bekämpften Auslegung. Wie Waldecker[17]) zeigt, besteht die Einschränkung eben darin, daß nur das sogenannte formelle Prüfungsrecht im bejahenden Sinn ausdrücklich geregelt, das materielle dagegen nicht erwähnt wird.

Aus diesen Untersuchungen über die Entstehungsgeschichte des Art. 60/61 pr. V. ergibt sich: die Behauptung, der Gesetzgeber habe mit dem Worte „verfassungsmäßig zustandegekommen" nur das Zustandekommen durch Land-

---

[16]) Verf.Aussch. Sp. 201.

[17]) Zu Art. 61,1.

tagsbeschluß oder Volksentscheid gemeint, ist unrichtig. Abgesehen von dieser vereinzelten Auslegung durch den Regierungsvertreter lag den Verhandlungen der deutlich erkennbare Gedanke zu Grunde, den umstrittenen Ausdruck in seinem ursprünglichen wörtlichen Sinn zu gebrauchen und die gesamten Vorschriften über den Weg der Gesetzgebung darunter zu verstehen. Die „Begründung" spricht also für das formelle Prüfungsrecht. Will man aber vorsichtigerweise aus grundsätzlichen Erwägungen und besonders wegen unbestreitbarer Widersprüche in den Ausschußäußerungen die Materialien zu positiven Schlüssen nicht verwerten, so haben die Untersuchungen doch diese negative Feststellung klar zutage gefördert: der „Wille des Gesetzgebers" ist jedenfalls nicht darauf gerichtet gewesen, die von den Gegnern des formellen Prüfungsrechts behauptete einschränkende Auslegung dem Wort „verfassungsmäßig zustandegekommen" zu geben. Damit entfällt auch der zweite Grund der Gegenmeinung: ihre Unrichtigkeit ist also nachgewiesen.

§ 6.

Kritik der das Prüfungsrecht für nicht geregelt haltenden Ansicht.

Nunmehr entsteht die Aufgabe, sich mit der bereits kurz dargestellten Ansicht, Art. 60 und 61 pr. V. sagten nichts über das richterliche Prüfungsrecht aus, auseinanderzusetzen. Gegen eine derart verzweifelnde Ansicht besteht von vornherein das Grundbedenken, ob es überhaupt zulässig ist, auf diese Weise zu „entscheiden". Zweifellos wäre es dann erlaubt, wenn sich in den fraglichen Bestimmungen keine Anhaltspunkte für oder gegen finden. Aber so ist es ja gar nicht. Die Vertreter der hier bekämpften Ansicht[1]) sagen ja selbst, daß der Artikel „vieldeutig" sei, geben also zu, daß er etwas über die Frage aussagen will! Und das läßt sich auch gar nicht bestreiten, wo Art. 61 doch davon spricht, ein Gesetz sei „verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustandegekommen ... ist". Wenn aber zugegeben wird, daß sich eine Bestimmung überhaupt mit der Frage beschäftigt, dann muß auch eine Entscheidung getroffen wer-

---

[1]) Schack, Arch. öff. R. NF. Bd. 2 S. 169; ders. Gruch. Bd. 66 S. 83; Thoma, Arch. öff. R. NF. Bd. 4 S. 283; Hippel, Handb. Bd. II S. 559.

den darüber, in welchem Sinne sie geregelt wird — auch (und gerade) wenn die Bestimmung vieldeutig ist!

Die Autoren wollen sich mit ihrem Argument, die Bestimmung des Art. 61 sei vieldeutig, anscheinend auch wie die Gegner des Prüfungsrechts darauf berufen, daß gegenüber dem Wortlaut des Art. 61 der Gesetzgeber gerade etwas anderes gewollt hätte. Nun, auch dann hätte eine Entscheidung nicht umgangen werden dürfen; wenn der Wortlaut, der klar ist, angegriffen werden soll, so muß zum wenigsten erst einmal nachgewiesen werden, daß der Wille des Gesetzgebers unzweideutig anders ist. Dieser Nachweis ist nicht gelungen, wie oben ausgeführt wurde: der Regierungsvertreter blieb mit seiner vom Wortlaut abweichenden Meinung allein. Im übrigen war der Verfassungsausschuß für das vollständige formelle Prüfungsrecht. So bestand zwar ein Widerspruch innerhalb des Willens der gesetzgebenden Körperschaft[2]), aber nicht zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und dem endgültig beabsichtigten Gesetzesinhalt. So vieldeutig, daß eine Entscheidung unmöglich ist, erscheint also der Art. 61 nur dann, wenn nur die eine, allerdings am klarsten gefaßte Aeußerung des Regierungsvertreters, nicht aber die Anschauungen der Ausschußmitglieder berücksichtigt werden; dies Versehen ist verständlich nur dadurch, daß eben diese Ansichten in der „Begründung" versteckter geblieben sind und unzweckmäßigerweise nach der unzweideutigen Kundgebung Freunds nicht noch einmal an dieser Stelle im Ausschuß dargestellt wurden.

Nicht als haltbare Begründung für die Auffassung der Nichtregelung des Prüfungsrechts in Art. 60/61 können die Ausführungen Schacks[3]) angesehen werden. Er beruft sich einmal darauf, daß in allen Verfassungen von der Verkündung allein die Verbindlichkeit abhänge. Selbst wenn das richtig ist, was hindert dann den preußischen Gesetzgeber, etwas anderes zu bestimmen? Dann führt Schack, um den Widerspruch zwischen Text und wirklichem Gesetzesinhalt zu beweisen und dann im Ergebnis das richterliche Prüfungsrecht auch nach preußischem Verfassungsrecht abzulehnen, die bereits erfolgte Prüfung durch das Staatsministerium an. Dies schließe ein richterliches Prüfungs-

---

[2]) Uebrigens ein Beweis dafür, daß es den oft zitierten einheitlichen Willen des Gesetzgebers gar nicht gibt.

[3]) In Arch. öff. R. NF. Bd. 2 S. 169.

recht aus. Die Unrichtigkeit dieser Begründung wurde oben[4]) bereits nachgewiesen; daß die Prüfung und Verkündung eine unwiderlegliche Vermutung schaffe, ist eben eine Behauptung, kein Beweis. Zudem steht diese Begründung Schacks mit seinen eigenen Ausführungen im Widerspruch[5]): er hat richtig nachgewiesen, daß diese Vorgänge „an und für sich" die Prüfung durch den Richter nicht ausschließen! Es drängt sich die Vorstellung auf, als ob der Schriftsteller deshalb die Fassung des Art. 61 für „ungeschickt" erklärt und die Worte „verfassungsmäßig zustandegekommen" zu streichen (!) wünscht, damit der Artikel mit seinen für das alte Recht aufgestellten Untersuchungen[6]) im Einklang steht.

§ 7.

Kritik der das Prüfungsrecht bejahenden Ansicht.

Mit dem Beweis, daß in Wirklichkeit kein Widerspruch zwischen Gesetzestext und der im Verfassungsausschuß beabsichtigten Regelung besteht, ist der Meinung, die in Art. 61 weder eine Bejahung noch eine Verneinung des formellen Prüfungsrechts sieht, der Boden entzogen und gleichzeitig der wichtigste Grund für die Bejahung der formellen Prüfungszuständigkeit gefunden: der klare Wortlaut des Artikels.

Außer diesem Grund führt Waldecker[1]), der einzige Schriftsteller, der die Frage nach preußischem Verfassungsrecht eingehender untersucht, noch eine Reihe anderer Gründe an: außer dem Wortlaut und den Materialien die allgemeine Stellung der Gerichte, den Sinn der Regelung von Formvorschriften in der Verfassung und den Wunsch, einen Landtagsabsolutismus zu vermeiden. Doch ist dies nur eine Auswahl aus den vielen Gründen, wie sie für die allgemeine Frage des richterlichen Prüfungsrechts (durchweg stillschweigend für das Reichsrecht) vorgebracht werden. Diese Gesichtspunkte gelten in gleicher Weise zum größten Teil auch für das Problem in Preußen. Aber eine solch eingehende Darstellung, wie sie für das Reichsrecht häufig unternommen worden ist, ist hier nicht am Platze; denn es besteht in dieser Beziehung in Preußen der große Unter-

---

[4]) Siehe oben § 5.

[5]) Arch. öff. R. NF. Bd. 2 S. 170; ders. 1918 S. 202 u. 172.

[6]) 1918.

[1]) Pr. Verf. zu Art. 61,1.

schied gegen das Reich, daß in der Verfassungsurkunde selbst — wie gezeigt — eine Regelung getroffen ist[2]). Nur weil die gegebene Ausdeutung des Art. 61 pr. V. noch stark umstritten ist, sind noch andere Gründe allgemeiner Art heranzuziehen.

Die Anhänger des richterlichen Prüfungsrechts berufen sich vielfach darauf, daß der Richter nach Art. 102 RV. nur dem Gesetz unterworfen sei. „Dem Gesetz unterworfen" heiße, nur dem gültigen Gesetz unterworfen, also müsse von ihm geprüft werden, ob überhaupt ein verfassungsmäßiges Gesetz vorliegt[3]), andernfalls bestehe für ihn der Zwang, ein verfassungswidriges Gesetz anzuwenden. Die Gegner des richterlichen Prüfungsrechts bringen gegen diese Begründung einmal vor, daß sie zuviel, also nichts, beweise: wenn das richtig wäre, müßte auch jede andere Behörde, jeder einzelne Bürger die Verfassungsmäßigkeit prüfen und sich gegebenenfalls nicht an das Gesetz kehren. Also sei der Grund kein Beweis für das richterliche Prüfungsrecht[4]). Der Ausgangspunkt dieser Einwendung ist richtig. Jedermann hat zunächst das Recht, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu untersuchen. Aber die Folgerung Labands ist unrichtig. Die Verwaltungsbehörden haben das Prüfungsrecht deshalb nicht, weil sie eben auf Weisungen der Vorgesetzten zu achten haben und nicht die besondere richterliche Unabhängigkeit genießen; und selbstverständlich bleibt es dem Bürger überlassen, ein nach seiner Meinung verfassungswidriges Gesetz nicht zu befolgen: nur tut er es auf eigene Gefahr[5])! Die maßgebende Feststellung der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens aber trifft dann das Gericht. Die Behauptung Labands ist also kein Gegengrund.

---

[2]) Das ist im Reich nicht der Fall. Alle Versuche, aus den Art. 70 u. 102 oder gar Art. 13, 76 und 178 RV. allein Schlüsse pro oder contra zu ziehen (so Anschütz, RV. zu Art. 70,3; Arndt, Recht 1920 S. 107; ders. RV. zu Art. 102; Stier-Somlo, Grundr. I S. 678; Theisen, Arch. ö. R. NF. 8 S. 272) sind nach den Widerlegungen besonders durch Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 267; Schelcher, Fisch Ztschr. Bd. 59 S. 69; Theisen, Arch. ö. R. NF. 8 S. 273 und Morstein Marx ebd. NF. 6 S. 219 als mißlungen anzusehen. Da es eine reichsrechtliche Frage ist, ist ein näheres Eingehen darauf hier nicht am Platze.

[3]) Bühler, RV. S. 91; ders. DJZ. 1921 S. 580; Poetzsch-Heffter, RV. zu Art. 70,3; Hubrich S. 150; Nawiasky, Bayr. Verf.Recht S. 373; Stier-Somlo, Arch. ö. R. NF. 3 S. 186; Triepel, ebd. Bd. 39 S. 536.

[4]) Laband, Bd. II S. 45.

[5]) Triepel, Arch. ö. R. Bd. 39 S. 537.

Wohl berechtigt aber ist ein anderer Einwand gegen die Begründung nur daraus, daß der Richter nur dem Gesetz, also nur dem verfassungsmäßigen Gesetz, unterworfen sei; das ist ja gerade die Frage, ob gerade der Richter die Feststellung der Verfassungswidrigkeit treffen soll — ob nicht gerade die Formel „Unterwerfung unter das Gesetz" heißen soll, Unterwerfung unter den Staatsakt, den andere staatliche Stellen für verfassungsmäßig erklärt haben. Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts umfaßt also gleichzeitig eine Auslegung des Art. 102 RV., § 1 GVG., nicht aber können diese Bestimmungen allein als Gründe für das richterliche Prüfungsrecht betrachtet werden. Das zeigt sich auch darin, daß auch die Gegner sich auf sie berufen, z. B. Wittmayer[6]): Unterwerfung nur unter das Gesetz, also doch unter das Gesetz! Der Beweis für das Prüfungsrecht ist erst dann geführt, wenn außerdem noch erwiesen wird, daß erstens der Richter der Verfassung mehr zu gehorchen hat als dem einfachen Gesetz, und daß zweitens nicht schon eine andere Stelle[7]) eine bindende Feststellung über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze getroffen hat, daß also gerade der Richter diese Prüfung vorzunehmen hat. Diese Beweise werden unten versucht werden. Die Begründung nur mit der Unterwerfung des Richters unter das Gesetz ist also unvollständig, es wird notwendig sein, tiefer zu gehen und das Gesamtproblem der Gewaltenteilung daraufhin zu untersuchen, ob es gegen oder für die Prüfungszuständigkeit spricht. Zwei Untergruppen von Begründungen aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung lassen sich bilden, obwohl es letzten Endes eine einheitliche Frage ist: der Richter, sagen die Gegner des Prüfungsrechts, sei dem Gesetzgeber dank der Gewaltenteilung höchstens nebengeordnet. Schon ein Eingreifen der einen Gewalt in das Gebiet der anderen sei grundsätzlich verboten, eine Ueberordnung aber würde es sogar bedeuten, wenn der Richter die Erzeugnisse des Gesetzgebers auf ihre Gültigkeit nachprüfen könnte. Also dürfe er das nicht. Erst recht sei das der Fall, wenn man den Gesetzgeber als den beiden anderen Gewalten übergeordnet ansehe[8]).

---

[6]) S. 460.

[7]) Daß dies jedenfalls das Staatsministerium nicht ist, wurde schon gezeigt.

[8]) Wittmayer, S. 466; Arndt, Recht 1920 S. 108; Meißner S. 127; im Grunde auch Schack S. 115—121.

Zur Würdigung dieser Begründung ist zunächst festzustellen, in welchem Maße denn im Deutschen Reich der Gedanke der Gewaltenteilung durchgeführt ist. Hierbei kommt es auf Einzelheiten nicht an, im Ergebnis ist folgendes anerkannt, so daß auf mancherlei hiermit in Zusammenhang stehende Streitfragen verzichtet werden muß: eine Gewaltenteilung in dem strengen Sinne, daß jede der drei Gewalten gänzlich für sich arbeitet und keinerlei Beeinflussungen stattfinden, gibt es im Deutschen Reich nicht. Dies kann auch nicht verlangt werden, weil sonst eine einheitliche Staatsgewalt unmöglich ist. Vielmehr findet ein gegenseitiges „Ausbalancieren“ in der Weise statt, daß die eine Gewalt die andere hemmt, um ein Zumächtigwerden einer Gewalt zu verhindern. Mehr als Hemmung, klare Einwirkungsmöglichkeit sogar, bedeutet das parlamentarische System (Art. 54 RV. und entspr. Art. 57 pr. V.) und das Recht der Exekutive, die Legislative aufzulösen (Art. 25 RV., etwas schwächer Art. 14 pr. V.). — Aber auch das gegenseitige Hemmen allein kann schlecht ein Arbeiten der gesamten Staatsmaschine bewirken; daher ist ein weiterer Schritt der Entfernung vom Grundsatz der Gewaltenteilung die von der herrschenden Meinung anerkannte Ueberordnung der gesetzgebenden Gewalt in dem Sinne, daß heute meistens nicht mehr von einer Dreiteilung der Gewalten, sondern von einer Zweiteilung gesprochen wird: die übergeordnete Gewalt ist die gesetzgebende, die untergeordnete die ausführende, die in verwaltende und rechtsprechende zerfällt. —

Von diesem Ausgangspunkt scheint es also richtig zu sein, daß das richterliche Prüfungsrecht abgelehnt werden muß, der Richter greift damit ja in die Zuständigkeit des Gesetzgebers ein? Nein, Einwirkungen sind ja erlaubt. Ja, aber doch wohl nur, soweit sie ausdrücklich ausgesprochen sind wie die erwähnten Art. 54, 25 RV., 27 pr. V.? Nun, in dem pr. Art. 61 wurde ja die ausdrückliche Bejahung des formellen Prüfungsrechts festgestellt. Ja, aber wenn man der entgegengesetzten Auslegung aus der „Begründung“ folgt (und wenn man das Reichsrecht betrachtet, wo doch eine ausdrückliche Bestimmung fehlt)? Auch dann spricht der Grundsatz der Funktionenverteilung (der Ausdruck für die heute geltende abgewandelte Gewaltentrennung) nicht gegen das richterliche Prüfungsrecht. Denn die Nachprüfung der Gesetze auf die Verfassungsmäßigkeit ist keine

„Einwirkung“ der richterlichen auf die gesetzgebende Gewalt. Der Richter erlangt dadurch durchaus noch nicht eine Stellung über dem Gesetz[9]). Seine Unterwerfung unter das Gesetz bleibt gänzlich bestehen, auch wenn er gelegentlich ein verfassungswidriges Gesetz nicht anwendet. Wer das bestreitet, verwechselt denjenigen, der ausnahmsweise einmal die Rolle eines Organs spielt, mit diesem Organ selbst. Nur eine sehr schwache Hemmung, wie sie zwischen den gar nicht streng getrennten Gewalten alltäglich und unvermeidlich ist, wenn die Staatsmaschine laufen soll, tritt durch dies Recht des Richters ein. Der Richter handelt hier gar nicht als Gewalt gegen die andere, es findet gar keine Einwirkung im Sinne der Gewaltenunterscheidung statt. Folglich ist der rechtsstaatliche Grundsatz der Funktionenverteilung gar nicht verletzt, folglich spricht dieser Grundsatz nicht gegen das richterliche Prüfungsrecht.

Es bedarf also gar nicht mehr der Berufung Kaufmanns auf den schon in das Gebiet der Rechtsphilosophie einschlagenden Satz, daß der Gesetzgeber (gar nicht allein und) gar nicht immer Recht schaffe[10]). Der Staat, der nur Gesetze, nicht aber Recht schaffe, stehe ebenso wie das Gesetz unter dem Recht. Dem Recht aber habe der Richter mehr zu gehorchen als dem Gesetz und damit dem Gesetzgeber. Wenn auch diesen Gedankengängen, die zu äußerst gefährlichen Folgerungen führen können und in der Wissenschaft sowohl wie in der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt werden, nicht in vollem Umfange gefolgt werden kann, so zeigen sie doch den Zusammenhang der Frage der Prüfungszuständigkeit mit der Frage der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers (Art. 109 RV.): eine Anerkennung von Schranken für den Gesetzgeber[11]) hat grundsätzlich die Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts, die Ablehnung der Schranken[12]) meist die Versagung des Prüfungsrechts zur Folge. Aber selbst bei bejahender Einstellung zu dem Vorhandensein der Willkürschranken für den Gesetzgeber bleibt

---

[9]) C. Schmitt, Verfassungslehre S. 196; Stier-Somlo, Arch. öff. R. NF. Bd. 3 S. 188; v. Freitagh-Loringhoven S. 242; Morstein-Marx, Arch. öff. R. NF. 6 S. 224.

[10]) Kaufmann, Veröffentlichungen Heft 3 S. 2, und andere.

[11]) Vgl. etwa Leibholz; Aldag, Kaufmann, Veröffentlichungen Heft 3 S. 2; auch Nawiasky, ebenda S. 25.

[12]) Vgl. etwa Anschütz, RV. zu Art. 109; ders. Veröffentlichungen Heft 3 S. 47; Thoma, Festschr. S. 217.

die vorliegende Frage selbständig in all den (häufigeren) Fällen, in denen der Gesetzgeber nicht bewußt diese Grenzen überschreitet, sondern das Vorliegen eines objektiv verfassungswidrigen Gesetzes gerade zweifelhaft ist. Aus diesem Grunde ist hier die Frage der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers nicht weiter zu erörtern.

Auch mit der Gewaltenteilung im Zusammenhang steht folgendes Argument der Gegner. Eine Prüfungszuständigkeit, sagen sie, könne es nur dann geben, wenn die Norm, die dabei gewahrt werden soll, eine Norm höherer Ordnung gegenüber der nachzuprüfenden ist. Die Verfassung sei aber keine solche Norm höheren Ranges, sondern sie sei dem einfachen Gesetz gleichgestellt, stehe zur Verfügung des einfachen Gesetzgebers. Das folge daraus, daß sie nicht nur von einer besonderen verfassungsgebenden Gewalt — eine solche gibt es nicht in Deutschland —, sondern von dem gewöhnlichen Gesetzgeber abgeändert werden könne. Die Erschwerung durch das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit zur Verfassungsänderung ändere nichts daran, daß sie doch durch denselben Faktor, der die einfachen Gesetze erlasse, abgeändert werden könne und daher keinen höheren Schutz als ein gewöhnliches Gesetz genieße: Meyer-Anschütz, Anschütz, Arndt, Wittmayer, Schelcher und teilweise Hatschek begründen so[13]). Hiergegen ist folgendes einzuwenden[14]): Hatschek weist zutreffend nach, daß der in Deutschland fehlende Unterschied zwischen Verfassungsgesetz-gebender und gesetzgebender Gewalt kein Grund zur Ablehnung der Prüfungszuständigkeit ist; denn die französische Republik hat in der aus den beiden Kammern bestehenden Nationalversammlung eine besondere „pouvoir constituant“, die allein über eine Verfassungsrevision beschließen kann[15]) — und kennt doch kein richterliches Prüfungsrecht[16]). Ein logisch zwingender Zusammenhang zwischen Anerkennung des Prüfungsrechts und Bestehen einer besonderen verfassunggebenden Gewalt ist auch nicht zu erkennen. Warum

---

[13]) Meyer-Anschütz S. 744; Anschütz, RV. zu Art. 70,2; zu Art. 76,1; Arndt, RV. zu Art. 102; Wittmayer S. 464; Schelcher S. 73; Hatschek Bd. I S. 28.

[14]) Hatschek Bd. I S. 28; Thoma, Arch. öff. R. NF. Bd. 4 S. 271; Wassertrüdinger, JW. 1925 S. 44; Theisen, Arch. öff. R. NF Bd. 8 S. 260; C. Schmitt, RG.-Festgabe S. 167.

[15]) Lebon S. 125, 133.

[16]) Duguit Bd. I S. 164.

sollte nicht auch ein anderes Organ als der Verfassungsgesetzgeber möglicherweise die Aufgabe haben, die Verfassungsnormen gegenüber dem Gesetzgeber durchzusetzen? Daß weiter die Verfassung kein Gesetz höheren Ranges sei, ist zu bestreiten[17]). Dann wäre zunächst die Frage vom Gegner zu beantworten, ob denn die übrigen für den Erlaß einer Verfassungsurkunde sprechenden Gründe zur Begründung eines solchen Unternehmens ausreichen; und vor allem ist durch die für Verfassungsänderungen geforderte Zweidrittelmehrheit (Art. 76 RV., Art. 30 pr. V.) zum Ausdruck gekommen, daß die Verfassung nicht zur Verfügung der einfachen Gesetzgebung stehen soll. Auf laxe Gewohnheiten in der Parlamentspraxis darf sich der Gegner nicht berufen[18]); der Sinn der Bestimmung ist maßgebend, nicht unverantwortlicher Mißbrauch mit ihr.

Für den höheren Rang der Verfassung kann auch geltend gemacht werden, daß die Reichsverfassung die Rechtsgrundlage jeder einfachen Reichsgesetzgebung ist; denn juristisch (nicht geschichtlich!) betrachtet, hat ja die Reichsverfassung die gesetzgebende Gewalt erst eingesetzt[19]). Hier zeigt sich der Zusammenhang der Frage mit der Stufentheorie Adolf Merkls[20]): Durch Betrachtung der Voraussetzungen, die eine jede Staatsfunktion in anderen Staatsfunktionen hat, und durch Betrachtung der Bedingung, die diese Staatsfunktion gleichzeitig für das Bestehen einer Reihe von anderen Staatsfunktionen ist, kommt man zu folgender Reihenfolge rechtlich bedeutsamer Akte: Die Verfassung ist die positivrechtliche Grundlage der gesamten Rechtsordnung und Erzeugungsregel für das übrige Recht; die Rechtssatzform, die sie unmittelbar delegiert, ist das Gesetz; die Verfassung und das Gesetz delegieren wiederum die Verordnung. Das Gesetz oder die Verordnung delegieren weiter die individuellen Justiz- und Verwaltungsakte. So ist eine Staatsfunktion immer die Voraussetzung für die nächste; von oben, von der Verfassung aus gesehen, haben alle Handlungen gegenüber den unter ihnen stehenden den Charakter der Rechtsetzung, von unten gesehen, den der Vollziehung. — Wenn auch

[17]) Vor allem Thoma, Arch. ö. R. NF. Bd. 4 S. 271; auch Bühler, DJZ. 1921 S. 582; Wassertrüdinger, JW. 1925 S. 45; Theisen, Arch. ö. R. NF. 8 S. 269.

[18]) Wie Hatschek Bd. I S. 28 es tut.

[19]) Gebhard zu Art. 102,4c.

[20]) Allgemeines Verwaltungsrecht S. 172.

Einzelheiten an dieser Stufenlehre auszusetzen sein mögen, auf die es hier aber nicht ankommt, so ist doch zweifellos zutreffend die Beobachtung, daß die Verfassung Bedingung jeder weiteren Staatstätigkeit ist, daß sie rechtliche, wenn auch nicht immer politische, Grundlage der gesamten Rechtsordnung und Erzeugungsregel für das übrige Recht ist. — Auch hierdurch zeigt sich also deutlich die rechtliche Höherstellung des Staatsgrundsatzes vor dem einfachen Gesetz. Damit ist dieser Begründung der Gegner der Boden entzogen.

Es wird auch versucht, auf andere Weise aus dem Grundsatz der Funktionenverteilung Gründe für das richterliche Prüfungsrecht zu gewinnen: nicht eine Unterwerfung unter das Gesetz, sondern unter einen Machtspruch der Verwaltung bedeute es, wenn das Gericht die Verfassungsmäßigkeit der von der Exekutive ausgefertigten Gesetze nicht prüft; diese besitzt keine Autorität gegenüber dem Richter, kann ihn nicht an gesetzwidrige Bestimmungen binden[21]). Dieser Gedankengang ist richtig (und wurde oben bereits anerkannt), soweit er sich gegen die Behauptung von der unwiderleglichen Vermutungswirkung der Auslegung wendet. Aber als Grund, der aus der Gewaltenteilung gewonnen wird, sollte er wohl besser nicht verwendet werden; denn es wird dabei nicht genügend beachtet, daß ein verfassungswidriges Gesetz auch durch die Ausfertigung nicht so sehr zu einem Machtspruch der Exekutive wird, sondern immer noch in erster Linie ein solcher der Legislative bleibt. Also bleibt doch die Bindung an den Gesetzgeber!

Somit ist gezeigt, daß alle aus dem Zusammenhang der Gewaltenteilung vorgebrachten Gründe gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit nicht durchschlagend sind. Sondern die Gewaltenteilung spricht im Gegenteil für das richterliche Prüfungsrecht: die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz bedeutet dann Bejahung der Prüfungszuständigkeit, wenn das einfache mit der Verfassung im Widerspruch stehende Gesetz nichtig ist: das wurde damit bewiesen, daß der Charakter der Verfassung als höhere Norm gezeigt wurde. Weitere Voraussetzung ist aber, daß nicht eine andere Stelle den endgültigen Beschluß über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu treffen hat, daß

---

[21]) Schack, Arch. ö. R. NF. Bd. 2 S. 168; Theisen, ebd. NF. Bd. 8 S. 270.

vielmehr gerade nur der Richter hierüber zu entscheiden hat. Das wird noch zu zeigen sein.

Von Jellinek[22]) und im Anschluß an ihn von Schelcher[23]) wird gegen das richterliche Prüfungsrecht vorgebracht, daß nach dem für Akte der Verwaltung und Gerichtsbarkeit anerkannten Satz: „Nichtig sind nur solche Staatsakte, die entweder von einer gänzlich unzuständigen Stelle ausgehen oder die gesetzlich vorgeschriebenen Formen nicht einhalten“, verfassungswidrige Gesetze nicht nichtig sind, sondern nur an einem Verfahrensmangel leiden, also beachtet werden müssen. Hiergegen kann Stier-Somlo[24]) zunächst allgemein vorbringen, daß es sich in erster Linie um die Frage handelt, ob es das richterliche Prüfungsrecht gibt, und daß die Frage nach den Folgen erst in zweiter Linie zu beantworten ist. Und die allgemeine Nichtanwendbarkeit des obigen Satzes auf die Gesetze betonen mit Recht Wassertrüdinger und Theisen[25]): Zum Unterschied von den sonstigen Staatsakten geben die Gesetze doch nicht Regelungen für den Einzelfall, sondern Bestimmungen allgemeiner Art für alle Staatsbürger. Daher kann ein Verstoß gegen die äußerst wichtigen Sätze der Reichsverfassung für die Entstehung eines Reichsgesetzes nicht mit einem Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift verglichen werden. Das würde bedeuten ein Herabdrücken der Verfassungsvorschriften über das Zustandekommen des obersten Staatswillens zu Soll-Vorschriften! Erscheint so die Begründung Jellineks schon im allgemeinen nicht zutreffend, so kann sie auf keinen Fall auf Preußen angewendet werden: denn dort ist ja das verfassungsmäßige Zustandekommen ausdrücklich zur Voraussetzung der Verbindlichkeit gemacht worden. Also würde das Prüfungsrecht in Preußen auch dann nicht gegen den von Jellinek vorgebrachten Satz verstoßen, wenn man seine Geltung auch für das Gesetzgebungsverfahren annähme.

Die bisherige Betrachtung des Prüfungsrechts nach preußischem Verfassungsrecht hat gezeigt: Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 61 pr. V. sprechen für das formelle Prüfungsrecht. Sämtliche allgemeinen Gegengründe rechtslogischer Art, die für das preußische Ver-

---

[22]) DJZ. 1921 Sp. 754; ders. Verf. u. Verw. S. 104.

[23]) Fisch. Ztschr. Bd. 59 S. 63.

[24]) Arch. öff. R. NF. Bd. 3 S. 190.

[25]) Wassertrüdinger JW. 1925 S. 44; Theisen, Arch. öff. R. NF. 8 S. 269. Vgl. auch Nawiasky, Bayr. Verf.Recht S. 373.

fassungsrecht ebenso wie für das Reichsrecht gelten, sprechen in Wahrheit nicht gegen das formelle Prüfungsrecht, sondern einige können zur Unterstützung der gegenteiligen hier vertretenen Meinung herangezogen werden. Nunmehr sind die Gründe, die aus dem verfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhang und aus rechtspolitischen Erwägungen entnommen werden, zu untersuchen. Im Reich sind die Gründe dieser Art „aus dem Willen“[26]) nach der neuesten Auffassung die einzigen, die eine, wenn auch sehr subjektive, Entscheidung ermöglichen[27]). In Preußen aber können sie nur zur Bekräftigung der oben gewonnenen bestrittenen Ergebnisse herangezogen werden; ganz entbehrt werden können sie auch nicht, weil die aufgestellte Ansicht sehr bestritten ist und der Unterstützung durch diese Gründe bedarf.

Von den Gegnern aus rechtspolitischen Gründen mögen zunächst die zu Worte kommen, die die Prüfungszuständigkeit ablehnen wegen ungünstiger Folgen, die mit ihrer Anerkennung verbunden sein würden. Erstens, sagen Jellinek und besonders Radbruch[28]), seien die Richter gar nicht in der Lage, über die „hochpolitische“ Frage der Gültigkeit eines Gesetzes zu entscheiden; wenn sie sich bei dieser Tätigkeit irrten, seien die Folgen verheerend; besonders die Gefahr der Rechtsunsicherheit sei ein wichtiger rechtspolitischer Gegengrund[29]). Weiter sei die Autorität der Justiz nicht so groß, daß man ihr auch noch diese Aufgabe zumuten dürfe, deren schlechte Erfüllung weiteren Stoff zur „Vertrauenskrise der Justiz“ und damit zur Unterhöhlung des Ansehens des Staates liefern würde. Zudem sinke auch die Achtung vor dem Gesetz, wenn es häufiger vorkomme, daß eines für verfassungswidrig erklärt wird.

Hiergegen sei zunächst allgemein bemerkt: Es ist immer bedenklich, bei Betrachtungen über die Fähigkeit eines Organs regelmäßig den Teil des Organs ins Auge zu fassen, der das geringste leistet. Natürlich darf nicht das Idealbild des Richters bei der Frage, ob eine bestimmte Aufgabe ihm

---

[26]) Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 272.

[27]) Schon Bühler DJZ. 1921 S. 580 und Triepel, Arch. ö. R. Bd. 39 S. 536; bes. deutlich Thoma, ebd. NF. 4, S. 272 und anschließend Morstein Marx Var. S. 34.

[28]) Jellinek, Verf. u. Verw. S. 104; bes. Radbruch u. a. Justiz Bd. I S. 15.

[29]) Laband S. 46; Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 273; Radbruch, Justiz Bd. I S. 14.

übertragen werden kann, betrachtet werden; sonst verliert die Rechtswertbetrachtung ihren Wert, wird zur Phantasie. Aber im Rahmen der üblichen Leistung sollte der obere Durchschnitt maßgebend sein: dann wird nicht nur die Begründung weil ehrlicher, für den Gegner überzeugender — sondern es wächst auch der Trieb zur Mehrleistung, weil der einzelne zum wenigsten die Leistung erstrebt, die von maßgebenden Betrachtern als die Vergleichsleistung angenommen wird. Bei Radbruchs Begründung drängt sich aber der Eindruck auf, als lasse sich der Autor eine erhebliche Unterbewertung der richterlichen Fähigkeiten zuschulden kommen.

Als Grund gegen die Behauptung der Ungeeignetheit des Richters kann aber angeführt werden[30]), daß auch sonst, ganz abgesehen von den politischen[31]) Entscheidungen der verschiedenartigsten Zentralgerichte, dem Richter die Entscheidung über viele hochpolitischen Fragen übertragen ist, z. B. die Entscheidung darüber, ob eine Enteignung „zum Wohl der Allgemeinheit" geschah. Schlechte Erfahrungen soll man ja auch bei den Urteilen des ordentlichen Richters über Reichsverfassungsmäßigkeit von Landesgesetzen und Rechtsverordnungen nicht gemacht haben. Daß diese Entscheidung in die Hand des Richters gelegt wurde, ist ein Beweis für die hohe Einschätzung des Richters durch den Verfassungsgesetzgeber. Und sollte doch ein Irrtum vorkommen und ein nur angeblich nicht verfassungsmäßiges Gesetz nicht angewendet werden, so ist das nicht schlimmer als die falsche Auslegung eines Gesetzes, da ein solches Urteil mangels einer Rechtskraftwirkung inter omnes nur für den vorliegenden Streit Bedeutung hat. Rechtsmittel können auch hier helfen.

Der Hinweis auf die Gefahr der Rechtsunsicherheit[32]) hat noch am ehesten Berechtigung: es können bei derart schwierigen Entscheidungen die verschiedensten Urteile herauskommen; denn nicht die zweifellos verfassungswidrigen Gesetze sind häufig Gegenstand der Prüfung, sondern gerade

---

[30]) Bühler, DJZ. 1921 S. 583; Hippel, Handb. Bd. II S. 556; Morstein Marx, Variationen S. 87; Görres, JW. 1924 S. 1566; Wassertrüdinger, JW. 1925 S. 45.

[31]) „Politisch" immer im ursprünglichen guten Sinne gebraucht, als „dem Staatszweck dienlich".

[32]) Laband, Bd. II S. 46; Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 273; Radbruch, Justiz Bd. I S. 14.

diejenigen, bei welchen die Verfassungswidrigkeit zweifelhaft ist. Dann wird dasselbe Gesetz bald für gültig, bald für ungültig erklärt — und niemand weiß, woran er ist! Aber die Gefahr erscheint nicht mehr so groß, wie Triepel, Hippel, Bühler, Kaufmann und andere[33]) zeigen, .wenn man die bisherigen Erfahrungen mit dem soeben erwähnten anerkannten Teil des Prüfungsrechts in Betracht zieht: da sie nicht schlecht waren, besteht gegen eine Erweiterung des Umfangs der Prüfungszuständigkeit kein erhebliches Bedenken. Aber auch diese Gefahr würde durch die geplante Zentralisierung des Prüfungsrechts vermieden werden.

Wenn Radbruch sich weiter auf das geringe Ansehen der Justiz beruft, so muß dagegen — abgesehen von dem Vorwurf der Uebertreibung — daran erinnert werden, daß bei Nichtprüfung durch die Gerichte doch (außer dem Reichspräsidenten oder dem Staatsministerium) das Parlament die erste und letzte Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes hat: und daß dessen Ansehen ganz erheblich geringer ist — vor allem heutzutage — wird nicht gut bestritten werden können. Nicht einmal seine politischen Aufgaben kann es erfüllen, und dann soll es über Fragen entscheiden, die viel besser beim Richter aufgehoben sind?! V o l k s t ü m l i c h e r ist es also bestimmt, den unabhängigen Richter und nicht die Parlamentsmehrheit über die Gültigkeit eines Gesetzes entscheiden zu lassen. Mag auch die Achtung vor dem einzelnen Gesetz durch eine hin und wieder erfolgende Nichtigerklärung sinken, andererseits steigt sie auch, wenn der Bürger gewiß ist, nur objektiv auf ihre Verfassungsmäßigkeit untersuchten Gesetzen unterworfen zu sein. Sinken würde sie im Gegenteil gerade dann, wenn der einzelne sieht, daß der Gesetzgeber sich selbst nicht an das Grundgesetz hält. Wichtiger als die Achtung vor dem gewöhnlichen Gesetz ist auch die Achtung vor der Verfassung — und diese steigt sicher durch Anerkennung des Prüfungsrechts!

Hiermit ist eine Verbindung hergestellt zu dem Gedanken der Autorität der Verfassung, der als Grund der Rechtswertbetrachtung für das richterliche Prüfungsrecht

---

[33]) Triepel, Arch. ö. R. Bd. 39, 537; Hippel, Handb. II S. 556; Bühler, DJZ. 1921 Sp. 582; Kaufmann, Veröff. Heft 3 S. 19. Ferner Nawiasky, Bayr. Verf.R. S. 371; v. Freytagh-Loringhoven S. 242; Görres, JW. 1924 S. 1566; Theisen, Arch. ö. R NF. 8 S. 273; Herrfahrdt S. 126.

angeführt werden soll. Mögen auch die eben bekämpften Gegengründe bis zu einem gewissen Grade noch für berechtigt gehalten werden — es sind dies ja alles keine Gründe der Logik, sondern des Willens (Thoma) —, so müssen folgende Gesichtspunkte bei einer Abwägung doch als schwerer wiegend und ausschlaggebend angesehen werden: Die Bestimmungen über das Zustandekommen von Gesetzen verlieren einen großen Teil ihres praktischen Wertes, sinken zu Soll-Vorschriften herab, wenn keine von der gesetzgebenden Stelle getrennte Instanz auf ihre Einhaltung sieht[34]). Jellineks Einwand[35]) hiergegen, die Bestimmungen behielten doch dadurch ihren Wert, daß die Organe bestrebt sein würden, die Vorschriften peinlich innezuhalten, können bei Betrachtung der Gesetzgebungspraxis und bei allgemein zunehmender mißtrauischer Einstellung dem Parlament gegenüber nicht überzeugen. Aber nicht nur gerade diese Verfahrensvorschriften verlieren ihren Wert, sondern auch das Ansehen der Verfassung im ganzen leidet erheblich, wenn der Gesetzgeber sich über Verfassungsbestimmungen einfach hinwegsetzt[36]). Als solche schutzbedürftigen Bestimmungen führt Bühler[37]) vor allem die Grundrechte an, die in der Rechtsprechung immer mehr unmittelbare praktische Bedeutung erlangt haben und mit dazu beitrugen, die Verfassung mehr als früher in den Mittelpunkt des Staatslebens zu rücken. „Erst richterliche Prüfungszuständigkeit heißt Herrschaft der Verfassung"[38]).

Die Gegner wenden ein, das Prüfungsrecht entspreche nicht den deutschen Verfassungsgrundsätzen. Die Hochstellung des Parlaments verlange auch, daß man es als einziges über Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entscheidendes Organ anerkenne[39]). Daß dies nicht richtig ist, wurde oben in Zusammenhang mit der Gewaltenteilung nachgewiesen[40]). Bühler[41]) will als Grund für das Prüfungsrecht heranziehen, daß keine monarchische Staatsgewalt vor-

---

[34]) Waldecker, Preuß. Verf. zu Art. 61,1.

[35]) Verf. und Verw. S. 104.

[36]) Bühler, RV. S. 140; Waldecker, Arch. ö. R. NF. 13, 72; Morstein-Marx, Variationen S. 85.

[37]) Siehe Anm. 36.

[38]) Morstein Marx, Var. S. 157.

[39]) Wittmayer S. 465.

[40]) Ueber die neueste Entwicklung hierin s. § 16.

[41]) DJZ. 1921 Sp. 581.

handen sei, in deren Interesse es beschränkt werden könnte. Daß aber die Aenderung der Staatsform mit dem Problem nichts zu tun hat, hat Jellinek[42]) zutreffend aufgezeigt, indem er darauf hinweist, daß es auch in Republiken wie Hamburg und Lübeck früher kein Prüfungsrecht gab. Und auch das bismarckische Deutsche Reich war rechtlich keine Monarchie!

Und doch sind, wenn auch nicht aus der Staatsform selbst, so doch aus der Aenderung des Grundaufbaues des heutigen Staats (des Reichs ebenso wie Preußens) schwerwiegende rechtspolitische Gründe zur Anerkennung der Prüfungszuständigkeit zu entnehmen. Allerdings genügt es dabei nicht, auf den „Geist der Verfassung" großzügig zu verweisen, wie es hin und wieder geschieht, sonst setzt man sich dem Vorwurf aus, daß mit dem einfachen Hinweis auf den „Geist" eines Gesetzes alles „bewiesen" werden könne, und daß „der Geist der gesamten Rechtsordnung einer der Geister ist, die bei den meisten Beschwörern nicht zu erscheinen pflegen"[43]). Triepel aber und anschließend andere Autoren weisen ihre Gründe näher nach[44]): Das richterliche Prüfungsrecht bedeute einen wichtigen Schutz der Verfassung und ihrer Organe vor einem Parlamentsabsolutismus. Dem ist vollständig zuzustimmen: an der Schutz*würdigkeit* der Verfassungen sollte kein Zweifel bestehen, ganz ohne Rücksicht auf Verschiedenheiten der politischen Anschauung. Zu untersuchen ist also nur, ob die Verfassungen schutz*bedürftig* sind, und ob eine Bedrohung nicht durch andere Umstände verhindert wird.

Die Gefahr geht von dem Parlament aus[45]): ein Parlament neigt seiner Natur nach immer dazu, über seinen Aufgabenkreis hinauszugreifen, sich für absolut zu erklären; es beschließt doch darüber, in welcher Weise die anderen Organe zu vollziehen haben: die Regierung hat im wesentlichen nach seinen Weisungen zu handeln, weil ihr sonst die Mißtrauenserklärung droht; und die Gehorsamspflicht der

---

[42]) DJZ. 1921 Sp. 754.

[43]) Zitelmann S. 6.

[44]) Triepel, Arch. ö. R. 39 S. 536; von Freytagh-L. S. 242; Waldecker, Arch. ö. R. NF. 13 S. 82; ders. Preuß. Verf. Vorbem. 2 zu Art. 60; Hippel, Handb. II S. 556.

[45]) Auch im folgenden gelten die Ausführungen in gleicher Weise wie für das Reich auch für Preußen wegen des gleichartigen staatsrechtlichen Grundaufbaues.

Justiz den Beschlüssen des Parlaments gegenüber ergibt sich aus ihrer Unterwerfung unter das Gesetz, das eben das Parlament beschließt. Die durch die parlamentarische Regierungsweise bedingte Abhängigkeit der vollziehenden Gewalt von der gesetzgebenden ist schon ein Einbruch in den Gedanken des Rechtsstaats; der Rechtsstaatsgedanke ist am besten zu verwirklichen durch möglichst weitgehende Durchführung der Gewaltenunterscheidung. Das parlamentarische System macht von ihr die einschneidendste und fühlbarste Ausnahme. Soll also der Rechtsstaatsgedanke eine der Leitideen — durchaus nicht die einzige! — allen staatlichen Tuns bleiben, so wird vermieden werden müssen, daß noch weitere Einbrüche in den Grundsatz der Gewaltenunterscheidung stattfinden. Und ein solcher Einbruch wäre die Verneinung des richterlichen Prüfungsrechts: gewiß, die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz könnte man vielleicht auch als Ausnahme von der Funktionenverteilung bezeichnen, aber sie wäre dann eine zum Arbeiten der Staatsmaschine unbedingt notwendige. Gar nicht nötig ist aber die Ausdehnung der Parlamentsmacht auch in der Richtung, daß es allein darüber befindet, ob ein von ihm beschlossenes Gesetz verfassungsmäßig ist oder nicht. Die Ablehnung der Prüfungszuständigkeit würde also bedeuten die Anerkennung eines Parlamentsabsolutismus, der, nachdem nunmehr alle rechtslogischen und rechtspolitischen Gegengründe abgelehnt wurden, keinerlei Berechtigung mehr hätte, sondern nur die gezeigten schädlichen Folgen nach sich ziehen würde.

Also auch der Rechtsstaatsgedanke spricht für das richterliche Prüfungsrecht. Die Gegner können sich auch nicht auf den Grundsatz der Volkssouveränität berufen etwa in der Weise, daß das Parlament die Souveränität des Volkes verkörpere; denn ganz abgesehen von der Streitfrage, ob nicht durch die Ueberweisung der Gesetzgebungsaufgabe wesentlich an das Parlament die Volkssouveränität gerade ausgeschlossen sei, ist ein anderes zu beachten: gerade im Gegenteil würde Ablehnung der Prüfungszuständigkeit des Richters einen Schritt der Abwendung von dem Grundsatz der Volkssouveränität bedeuten: denn Parlamentsabsolutismus ist Parteiabsolutismus, und der Idee der Volkssouveränität ist mehr gedient, wenn dem Gesetz vom unabhängigen Richter seine Verfassungsmäßigkeit bescheinigt ist als von einer häufig genug zusammengehandelten

Parteienmehrheit im Parlament! Radbruchs oben besprochene Behauptung ist gerade in ihrer Umkehrung richtig!

Zu diesen nicht auf eine bestimmte Zeit zugeschnittenen Bemerkungen seien noch einige kurze Hinweise, die aus der Beobachtung einer Verfassungswandlung sich ergeben, angefügt: Die Ansicht von einem teilweisen Versagen der Volksvertretungen ist jetzt ziemlich Allgemeingut geworden. Die Gründe sind hier nicht zu untersuchen. Aber eine vollständige Betrachtung wird auch aus dieser Beobachtung staatsrechtliche Folgerungen ziehen: die Parlamente wurden aus der Einsicht heraus teilweise ausgeschaltet, daß sie zur Erfüllung vieler Aufgaben unfähig sind. Wenn diese Ansicht richtig ist — und das muß bei objektiver Beobachtung der Innenpolitik und bei Betrachtung der Verfassungsreformpläne selbst und ihres Widerhalls angenommen werden —, dann wäre es ein Unding, dem Parlament noch Aufgaben zuzusprechen, die gar nicht seine typischen Aufgaben sind, — die ihm bisher schon genug Gelegenheit zu Machtüberschreitungen gegeben haben, und deren Zuweisung die aufgezeigten schweren Nachteile haben würde. Ein solches Vorgehen würde der Entwicklung einer als berechtigt erkannten Verfassungswandlung entgegenarbeiten[46]). Die Zuerkennung des Prüfungsrechts an den Richter dagegen würde die Befugnisse des Parlaments beschneiden, also ganz im Zuge staatsrechtlicher Entwicklung liegen. Solche Ausnutzung von rechtlichen Möglichkeiten — ihre gänzliche Verfassungsmäßigkeit natürlich immer vorausgesetzt, wie hier — ist Pflicht auch staatsrechtlicher Untersuchungen.

Hiermit sollte gezeigt werden, daß mit Ablehnung des Prüfungsrechts die Gefahr eines Parlamentsabsolutismus droht, und daß eine Zuständigkeitsbeschneidung der Volksvertretung im Zuge einer als berechtigt erkannten Verfassungsentwicklung liegt. Ein Grund für die Anerkennung der Prüfungszuständigkeit ist das aber erst, wenn tatsächlich keine Hindernisse gegen eine schädliche Auswirkung dieses Absolutismus bestehen. Das ist nunmehr zu untersuchen.

Thoma[47]) ist der Ansicht, die Gefahr, daß die Parlamente in einem nach Zahl oder Inhalt irgend erheblichem Maße

---

[46]) Ueber die neueste Entwicklung s. hier § 16.

[47]) Arch. ö. R. NF. 4 S. 276.

verfassungswidrige Gesetze erzeugen, bestehe nicht. Die Bürgschaften hiergegen sieht er in folgendem: daß nicht unbemerkt für den Bürger wirklich belangreiche verfassungsändernde Normen in die Gesetze einschleichen, dafür sorgten schon das Verhältniswahlrecht, die Interessenverbände und die Presse. Gegen offene Verfassungsverletzungen aber bestünden im Reich genügend Bürgschaften durch das Einspruchsrecht des Reichsrats (Art. 69 RV.), durch das Minderheitsrecht auf Aussetzung und Volksentscheid (Art. 72/73 RV.) und die Befugnis und Pflicht des Reichspräsidenten aus Art. 70 RV.; in Preußen durch den Appell an den Volksentscheid (Art. 6 pr. V.), das Einspruchsrecht des Staatsrats (Art. 42 pr. V.) und vor allem durch das durchgreifende Klagerecht der Minderheit beim Staatsgerichtshof (Art. 19 RV.)[48]).

Die Ansicht, daß hierin ausreichende Bürgschaften gegen das Zustandekommen verfassungswidriger Gesetze liegen, ist aber sehr subjektiv, was Thoma[49]) auch selbst zugibt. Der entgegengesetzte Standpunkt von Triepel, Hippel und Herrfahrdt[50]) scheint begründeter zu sein: vor allem ist darauf hinzuweisen, daß Thomas Ausgangspunkt schon nicht richtig ist. Er beruft sich darauf, daß wirklich belangreiche Verfassungsänderungen niemals unbemerkt bleiben könnten. Aber womit ist bewiesen, daß Aenderungen, die zunächst im Kampf der Meinungen nur für „juristische Finessen" gehalten und infolgedessen nicht bekämpft werden, sich nicht später als praktisch hochbedeutsam herausstellen? Die Bürgschaften Thomas können dann gar nichts mehr nützen, wenn bei Gesetzen, deren Verfassungsmäßigkeit bei ihrer Entstehung gar nicht angezweifelt wurde, sich später Einzelheiten zeigen, deren Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung festgestellt werden muß. Thomas Sicherungen versagen dann, weil sie alle voraussetzen, daß die Zweifel an dem Gesetz schon bei seiner Entstehung vorhanden sind. In dem anderen Fall aber bleibt das Prüfungsrecht des Richters die einzige Rettung vor verfassungswidrigen Gesetzen.

---

[48]) Der zu dieser Begründung notwendigen weiteren Auslegung des Art. 19 RV. ist mit der h. M. zuzustimmen: s. dazu Triepel, Streitigkeiten S. 90.

[49]) ebd. NF. 4 S. 286.

[50]) Triepel, Arch. ö. R. Bd. 39 S. 538; Hippel, Handb. II S. 556; Herrfahrdt S. 126.

Der Ansicht, daß die aufgezählten Organe immer Verfassungsüberschreitungen einer allmachtsüchtigen Volksvertretung verhindern können und werden, kann nicht zugestimmt werden: die genannten Organe des Reichs sind erstens zu politisch, zweitens — abgesehen vom Reichspräsidenten — nicht angesehen genug, und drittens aus sachlichen Gründen weniger geeignet als die Gerichte, um die ihnen zugemutete Aufgabe immer (darauf kommt es an) und zuverlässig erfüllen zu können. Dies ist gewiß ein Grund aus mißtrauischer Einstellung — aber nicht gegen die Verfassung, wie Radbruch und Wittmayer[51]) ihren Gegnern vorzuwerfen sich berechtigt fühlen, sondern nur gegen einzelne bestimmte Organe, für eine bestimmte Tätigkeit. Das Vertrauen zum ordentlichen Richter ist größer. — In Preußen sind zur Entscheidung über rechtmäßiges Handeln der Legislative ungeeignet der Staatsrat, weil auch er von parteipolitischer Bindung nicht frei ist — erst recht das Staatsministerium oder gar der Ministerpräsident, weil sie von den Parteien abhängig sind. Der Volksentscheid schließlich kann nicht in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden, weil er praktisch nicht zum Ziele kommt[52]).

Es zeigt sich also: gegen die geschilderte Gefahr der Verfassungsüberschreitung durch die Parlamente bleibt als einzig wirksames Mittel nur die Anerkennung des Prüfungsrechts des Richters. Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, daß bedeutende rechtspolitische[52]) Gründe für das richterliche Prüfungsrecht sprechen, daß der Gefahr eines Parlamentsabsolutismus a l l e i n durch das Prüfungsrecht des Richters gesteuert werden kann. Dann ist der oben angekündigte Beweis hiermit also vollständig.

Es wurde bisher nachgewiesen: das formelle richterliche Prüfungsrecht bejaht klar der Wortlaut des Art. 61 pr. Verf. Die Regierungsbegründung geht überwiegend in derselben Richtung. Allerdings wurde auch die gegenteilige Meinung in ihr vertreten; daraus wird in der Wissenschaft von einigen Schriftstellern der Schluß gezogen, Art. 61 pr. V. verneine das Prüfungsrecht oder sage nichts über es aus. Deshalb mußten die nach Zahl und Gewicht bedeutenden Gegengründe und Gründe gewürdigt werden, aber nur, soweit sie für Preußen in Frage kamen. Die gegen das

---

[51]) Radbruch, Justiz Bd. I S. 13; Wittmayer S. 468.

[52]) Ueber die neueste Entwicklung siehe hierzu § 16.

richterliche Prüfungsrecht vorgebrachten rechtslogischen Gründe sind sämtlich unhaltbar, der Hauptbeweis aus rechtslogischen Gründen wurde auf diese Weise geführt: der Richter ist nur dem Gesetz unterworfen; daß ein gegen die Verfassung verstoßendes Gesetz nicht angewendet werden darf, ergibt sich aus der Eigenschaft der Verfassung als Norm höheren Ranges. Daß kein anderes Organ die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes bindend prüft, ergibt sich daraus, daß nur der Richter hierzu geeignet ist: also ist das Prüfungsrecht zu bejahen. Außerdem sprechen viele schwerwiegende Gründe der Rechtswertbetrachtung für die richterliche Prüfungszuständigkeit. Sie unterstützen wirksam das aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte abgeleitete Ergebnis:

Nach geltendem preußischen Landesverfassungsrecht ist das sogenannte formelle richterliche Prüfungsrecht zu bejahen.

Hierbei ist zu wiederholen, daß immer aus den genannten Gründen unter sogenannter formeller Prüfung verstanden wird: Prüfung auf verfassungsmäßiges Zustandekommen mit Ausnahme der Prüfung, ob eine Zweidrittelmehrheit zum Gesetzesbeschluß nötig war.

Was bestimmt die preuß. Verfassung nun über das materielle Prüfungsrecht? Die Antwort lautet einfach: sie lehnt es ab. Ausdrücklich wird in Art. 60 und 61 pr. V. nichts über das materielle Prüfungsrecht ausgesagt. Aber daraus folgt gerade dieses Ergebnis. Art. 61 pr. V. will die Voraussetzungen der Verbindlichkeit eines Gesetzes bestimmen, die — das heißt alle; denn wenn nach einer Gesetzesbestimmung eine Norm unter gewissen Voraussetzungen für verbindlich erklärt wird und die materielle Verfassungsmäßigkeit nicht unter den Voraussetzungen mit aufgezählt wird, so folgt daraus eindeutig, daß sie eben nicht zu den Voraussetzungen gehört. Die Aufzählung der Voraussetzungen ist ausschließlich gemeint, sonst hätte sie keinen Sinn. Mit den Worten „ein Gesetz ist verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustandegekommen und ... verkündet worden ist“, ist also die materielle Prüfung auf Uebereinstimmung mit dem Inhalt der preußischen Verfassung deutlich ausgeschlossen. Das geht auch aus den Ausschußberatungen klar hervor, wie die Ausführungen oben ersehen lassen. Niemand ist auch nur mit einem Wort auf das materielle Prüfungsrecht eingegangen, im Gegenteil

wurde festgestellt[53]), daß § 42 des Entwurfs, heute Art. 61, eine Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechts bedeute. Sie besteht eben darin, daß das materielle Prüfungsrecht ausgeschlossen wurde. Ebenso die einhellige Meinung der Wissenschaft: Giese-Volkmann, Vogels, Waldecker und Hatschek[54]).

Es ist zwar sicher, daß die zur Unterstützung der Ansicht, daß das formelle Prüfungsrecht in vollem Umfange zu bejahen sei, dargestellten Gründe allgemeiner Art ebenso für das materielle Prüfungsrecht sprechen. Aber angesichts der klaren Stellungnahme der Verfassungsurkunde können sie, so schwerwiegend sie auch sein mögen, natürlich nicht durchdringen. Man mag diese Regelung in der preußischen Verfassung bedauern, wie der Verfasser die umgekehrte Regelung aus den vorgebrachten allgemeinen Gründen für viel zweckmäßiger hält — alle Gründe, die aus dem staatsrechtlichen Gesamtzusammenhang oder gar aus rechtspolitischen und überpositiv-rechtlichen Erwägungen hergeleitet werden, müssen zurücktreten hinter einer klaren Bestimmung, die das materielle Prüfungsrecht ausschließt. — Jedoch braucht das Bedauern nicht allzu groß zu sein, da, vor allem wegen des Fehlens von Grundrechten in der preußischen Verfassung, die materielle Nachprüfung preußischer Gesetze praktisch keine große Rolle spielt. Ganz anders ist es mit der Reichsverfassung als Vergleichsnorm, da hier ihres Inhalts wegen ein materieller Verstoß sehr leicht vorkommen kann.

Bisher wurde immer allgemein von Gesetzen als Objekt der richterlichen Prüfung gesprochen. Daß Gesetze im formellen Sinn gemeint sind, unterliegt keinem Zweifel. Es bleibt aber noch zu untersuchen, ob die Vorschrift des Art. 60/61 sich nur auf Landesgesetze oder auch auf Reichsgesetze bezieht. Die Literatur gibt keine Auskunft, hält also augenscheinlich die Geltung nur für preußische Gesetze, da es eine preußische Verfassungsvorschrift ist, für selbstverständlich. Das ist auch richtig. Aber da das allgemeine Wort „Gesetz“ gebraucht ist, und da sich zeigen wird, daß ein anderer Bundesstaat auch das Prüfungsrecht bezüglich der Reichsgesetze zu regeln unternimmt, ist doch eine kurze Begründung dafür zu geben, daß Art. 60 und 61 pr. V.

---

53) Staatssekretär Freund, Aussch.-Beratungen Sp. 201.

54) Giese-V. zu Art. 61,4; Vogels zu Art. 61, II; Waldecker zu Art. 61,1; auch zu Art. 60,6/7; Hatschek Bd. I S. 29.

sich nur auf preußische Gesetze beziehen. Sie ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem Art. 60 und 61 stehen. Der 6. Abschnitt der preußischen Verfassung überschreibt sich „Die Gesetzgebung“, d. h. also die preußische Gesetzgebung; denn über die des Reichs hat die preußische Verfassung nichts zu bestimmen. Es ist in diesem Abschnitt nur von Landesgesetzen die Rede, weil eben die „Gesetzgebung“ nur die preußische Gesetzgebung sein kann. Also sprechen Art. 60, 61 trotz des allgemeinen Ausdrucks „Gesetze“ nur von preußischen Gesetzen.

Das richterliche Prüfungsrecht gestaltet sich, kurz zusammengefaßt, nach preußischem Verfassungsrecht also so: Es besteht die Prüfungszuständigkeit für formelle preußische Gesetze in formeller Hinsicht, d. h. bezüglich aller Vorschriften über das Zustandekommen der Gesetze in vollem Umfang. Nur die Prüfung, ob eine Zweidrittelmehrheit zum Gesetzesbeschluß notwendig war, wird hierbei nicht zur formellen Prüfung gerechnet. Eine materielle Prüfungszuständigkeit dahin, ob die Gesetze inhaltlich mit der preußischen Verfassung übereinstimmen, besteht nach preußischem Verfassungsrecht nicht.

§ 8.

Das Prüfungsrecht bei Verordnungen und Notverordnungen.

Nunmehr ist das Prüfungsrecht hinsichtlich der Verordnungen und Notverordnungen zu untersuchen. Die Behandlung der Gesetze war von der der Verordnungen deshalb zu trennen, weil Art. 60 und 61 nur von Gesetzen sprechen und die Verordnungen und Notverordnungen ganz anderen Regeln unterliegen. Die Nachprüfbarkeit der Verordnungen unterliegt keinem Streit, weshalb die Darstellung ganz wesentlich kürzer sein kann.

Für die zunächst zu behandelnden Verordnungen fehlt eine ausdrückliche Vorschrift ebenso in Preußen wie im Reich. Trotzdem steht das Prüfungsrecht fest: es ergibt sich aus der grundsätzlichen Stellung der Verordnung zum Gesetz. Der Rechtsstaatsgedanke verlangt, daß alle Rechtssätze, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen, nur in der Form eines Gesetzes ergehen. Dieser „Vorbehalt des Gesetzes“ erfährt nur da eine Ausnahme, wo ein Gesetz eine andere Stelle zum Erlaß von Rechtssätzen ermächtigt. Die Art des erforderlichen Ermächtigungsgesetzes ist nun

verschieden, je nachdem, ob der Erlaß von Verwaltungsverordnungen oder von Rechtsverordnungen delegiert wird: für Verwaltungsverordnungen, d. h. Anordnungen lediglich an die untergeordneten Behörden, genügt die allgemeine Ermächtigung in Art. 51 pr. V. und Art. 77 RV. Rechtsverordnungen, d. h. Sätze, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen, also materielle Gesetze sind, bedürfen aber nach Abschaffung des Systems der allgemeinen Verfassungsermächtigung zu Rechtsverordnungen stets eines besonderen Ermächtigungsgesetzes.

Da nun der Richter dem Gesetz und nur dem Gesetz unterworfen ist, folgt hieraus, daß er vor Anwendung einer Verordnung prüfen muß, ob sie auch mit keinem Gesetz in Widerspruch steht. Aus der Rangüberordnung der Gesetze über die Verordnungen und der Unterwerfung des Richters nur unter das Gesetz folgt also die Prüfungszuständigkeit gegenüber der Verordnung.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich für den Umfang des richterlichen Prüfungsrechts bei Verordnungen folgendes[1]): Das Prüfungsrecht erstreckt sich sowohl auf die materielle Prüfung wie auf die formelle. Materiell bleibt bei der Verwaltungsverordnung, da die allgemeine Verfassungsermächtigung in Art. 51 pr. V., Art. 77 RV. genügt, nur zu prüfen, ob nicht etwa die als Verwaltungsverordnung aufgezogene Vorschrift in Wirklichkeit in Freiheit oder Eigentum der Bürger eingreift, also dem Inhalt nach Gesetz ist. Wenn dies der Fall ist und kein besonderes Ermächtigungsgesetz besteht, ist die Verwaltungsverordnung nicht anzuwenden. — Die materielle Prüfung bei der Rechtsverordnung erstreckt sich darauf, ob der Verordnungsweg überhaupt zulässig war (d. h. ob nach der Verfassung nicht zur Normgebung nur ein formelles Gesetz in Frage kam), und ob ein wirksames Ermächtigungsgesetz vorlag — weiter, ob die von dem Gesetz gesteckten Grenzen in der Verordnung eingehalten sind, und ob die Verordnung nicht mit einer Norm höheren Ranges im Widerspruch steht.

Zu den formellen Voraussetzungen, deren Vorhandensein zu prüfen ist, gehören (dies gilt gleichmäßig für Rechtsverordnungen wie für Verwaltungsverordnungen)

---

[1]) Vgl. statt vieler Hatschek, Bd. I S. 29; Schack 1918 S. 107; Schelcher, Fisch. Z. Bd. 59 S. 77.

diese Merkmale: örtliche und sachliche Zuständigkeit[2]), Bezugnahme auf das Ermächtigungsgesetz, Hinweis auf etwa vorgeschriebene Zustimmung eines anderen Organs, Erfüllung sonstiger etwa vom Ermächtigenden vorgeschriebener Formen, ordnungsmäßige Verkündung.

Wie gestaltet sich das richterliche Prüfungsrecht bei Notverordnungen nach Art. 55 pr. V.? Schon die grundsätzliche Zulässigkeit einer Prüfung ist bestritten. Arndt, Vogels und Schelcher[3]) lehnen sie ab. Die Begründung wird von Arndt und Vogels ganz kurz dahin gegeben, daß die Notverordnungen nach Art. 55 in jeder Beziehung das formelle Gesetz vertreten und daher gleich dem Gesetz zu behandeln seien; und dessen Prüfung lehnen diese Verfasser ja mit der bekannten Einschränkung ab. Aehnlich begründet Schelcher: es handele sich hier nicht um Rechtsverordnungen, sondern um Verordnungen mit Gesetzeskraft, um eine außerordentliche Form der Gesetzgebung. Daher gestalte sich hier die Prüfungszuständigkeit ebenso wie bei den Gesetzen, d. h. (nach Schelchers allgemeinem Standpunkt) es gebe die Prüfung bezüglich Ausfertigung und Verkündung, und auch in der Hinsicht, ob der Landtag nicht versammelt war, (weil dies auch eine Existenzbedingung der Notverordnung sei). Das Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen sei aber nicht nachzuprüfen.

Die neuere Lehre, vertreten von Hatschek, Waldecker und Peters[4]), steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt: das Nachprüfungsrecht bestehe bei Notverordnungen nach Art. 55 pr. V. Hatschek begründet seine Auffassung damit, daß nur ein unmittelbares Staatsorgan in seinem verfassungsmäßigen Ermessen unkontrollierbar sei[5]), und das Staatsministerium nicht ein solches sei[6]). Diese Begründung ist für den nicht brauchbar, der wie der Verfasser, oben[7]) die Unkontrollierbarkeit auch des unmittelbaren Staats-

---

[2]) Laband, Bd. II S. 104 u. Schelcher S. 85 rechnen dies zu der materiellen Prüfung. Wie hier Schack 1918 S. 190. Der Unterschied ist bedeutungslos, da bei den Verordnungen formelle und materielle Prüfung ganz gleichmäßig behandelt wird.

[3]) Arndt, Preuß. Verf. zu Art. 55 a. E.; Vogels zu Art. 61, II; Schelcher, Fisch. Ztschr. Bd. 59 S. 87.

[4]) Hatschek Bd. II S. 184; Waldecker zu Art. 55,8; Peters, Verwaltungsarchiv Bd. 31 S. 407.

[5]) Bd. I S. 8.

[6]) Bd. II S. 566.

[7]) § 5.

organs ablehnte. Zweitens beruft Hatschek sich darauf, daß Art. 106 der alten preußischen Verfassung, der die Nachprüfung ordnungsgemäß erlassener königlicher Verordnungen verbot, jetzt ohne Ersatz fortgefallen sei. Diesen letzten Grund macht sich auch Peters zu eigen. Er erscheint überzeugend, da Hatschek auch deutlich an der Entstehungsgeschichte des Art. 106 a. pr. V. nachweist, daß die Notverordnungen tatsächlich sachlich eine Untergruppe der früheren königlichen Verordnungen bilden.

Entscheidend jedoch scheint mir ein anderer Grund für die Bejahung des Prüfungsrechts bei Notverordnungen zu sein, der in der Literatur noch nicht genügend beachtet ist. Ansätze zu der richtigen Art der Begründung zeigen sich allerdings bei Vogels und Schelcher[8]) auf der einen Seite, wenn auf die Gleichstellung der Notverordnung mit dem formellen Gesetz — bei Waldecker[9]) auf der andern Seite, wenn auf die Verschiedenheit von dem formellen Gesetz abgestellt wird. In der Tat ist eine juristisch einwandfreie Antwort erst möglich, wenn die begriffliche Zugehörigkeit der Notverordnung entweder zum Gesetz im formellen Sinn oder zur Verordnung klargestellt ist. Da scheinen Vogels und Schelcher nun aber unrecht zu haben, wenn sie die Notverordnung mit dem formellen Gesetz gleichstellen. Gewiß, sie sind ihrer Wirkung nach insofern gesetzesvertretend, als sie dieselbe Gesetzeskraft haben, hinter dem formellen Gesetz in keiner Weise zurückstehen. Aber sie deshalb dem Gesetz im formellen Sinn gleichzustellen, ist ein deutlicher Fehler: auf den Inhalt, auf die Gesetzeskraft kommt es bei einer systematischen Einreihung der Notverordnung gar nicht an, sondern nur auf die Art der Entstehung! Käme es auf den Inhalt, auf die gesetzliche Wirkung an, dann müßten alle Rechtsverordnungen bezüglich des Prüfungsrechts auch dem formellen Gesetz gleichstehen, denn sie sind inhaltlich auch Gesetze. Damit wäre der höchst bedeutsame Unterschied zwischen materiellem und formellem Gesetz vollkommen verwischt — an dieser zwingenden Folgerung zeigt sich die Unrichtigkeit der Auffassung, welche die Einreihung der Notverordnung unter die üblichen Normenarten nach ihrem Inhalt, ihrer Gesetzeskraft vornehmen will. Richtigerweise entscheidet sich die Zugehörigkeit der Notverordnung ledig-

---

[8]) Vogels zu Art. 55, II; Schelcher, Fisch. Z. 59, 89.

[9]) Waldecker zu Art. 55,8.

lich nach der Art der Entstehung, nach formellen Gesichtspunkten: also gehört die Notverordnung, eben weil sie nicht durch ein ordentliches Gesetzgebungsorgan entstanden ist, zu den Verordnungen (wenn sie Rechtssätze zum Inhalt hat, wie gewöhnlich, zu den Rechtsverordnungen, sonst zu den Verwaltungsverordnungen). Hiermit glaubt Verfasser den Nachweis erbracht zu haben, daß die Notverordnung bezüglich des Prüfungsrechts praktisch zu behandeln ist wie die Rechtsverordnung, d. h. ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit ist von den Gerichten incidenter nachzuprüfen.

Damit ist jedoch über den Umfang des Prüfungsrechts noch nichts Endgültiges ausgesagt: unzweifelhaft ist, daß die Prüfung der formellen Voraussetzungen bei den Notverordnungen ebenso stattzufinden hat wie bei den Gesetzen und gewöhnlichen Verordnungen[10]). Der Richter prüft also vor Anwendung der Notverordnung, ob sie durch das Staatsministerium erlassen ist, ob der Landtag nicht versammelt war, ob der Ständige Ausschuß des Art. 26 pr. V. zugestimmt hat und ob die Verkündung ordnungsgemäß erfolgt ist.

Von den materiellen Erfordernissen macht die Prüfung, ob die Notverordnung der preußischen Verfassung nicht zuwiderläuft, keine Schwierigkeiten[11]); sie steht dem Richter zu. Anders ist es mit den übrigen materiellen Voraussetzungen: die Begriffe „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit“, „Beseitigung eines ungewöhnlichen Notstandes“, „dringende Erforderlichkeit“ sind keine reinen Rechtsbegriffe, wie Peters[12]) meint. Vielmehr spielt für die Frage, ob diese Tatbestände gegeben sind, das Ermessen eine bedeutsame Rolle. Einem späteren Beurteiler wie dem Richter wird es kaum möglich sein, die verfassungspolitische Lage, die einmalig ist und für deren Beurteilung sich daher keine Erfahrungsregeln aufstellen lassen, in Gedanken sich objektiv genau so wieder vorzustellen, wie sie zur Zeit des Erlasses der Notverordnung war. Denn es ist auch dem objektivsten Beobachter unmöglich, die Entwicklung nach Erlaß der Notverordnung, aus der sich erst die Notwendigkeit einer Maßnahme ersehen läßt, bei der Beurteilung un-

[10]) Waldecker zu Art. 55,5 u. 8; Schoenborn, Handb. II S. 308; Peters, Verw.Arch. 31 S. 407.

[11]) Waldecker zu Art. 55,6.

[12]) Verw.Arch. 31 S. 407.

berücksichtigt zu lassen[13]). Außerdem ist es ja gerade der Zweck der Notverordnung, daß in Zeiten der Not durch schnelles und entschlossenes Handeln eine Gefahr beseitigt wird: da kann denn eine bis in Einzelheiten gehende Abwägung, ob eine Maßnahme gerade in dem Umfang, wie sie getroffen wird, erforderlich ist, nicht verlangt werden. Ein gewisser Ermessensspielraum bleibt dem Staatsministerium; deshalb sind ja zur Bestimmung der Voraussetzungen der Notverordnungen auch so allgemeine und dehnbare Begriffe gewählt worden.

Aber mit der Feststellung, daß hinsichtlich des Vorliegens der von Art. 55 aufgestellten Voraussetzungen das Staatsministerium einen gewissen Ermessensspielraum hat, ist die richterliche Nachprüfung noch nicht allgemein verneint. Damit würde ja dem Staatsministerium eine Machtstellung gegeben werden, die vom Gesetzgeber nicht gewollt ist und sachlich unberechtigt wäre. Sondern es gelten auch hier die Schranken, die die neuere Wissenschaft allgemein für die Ausübung freien Ermessens gezogen hat[14]). Danach sind die äußersten Grenzen von Ermessensbegriffen doch objektiv feststellbar[15]). Sowie Anzeichen dafür vorhanden sind, daß das Ermessen beginnt, in Willkür auszuarten, kann das richterliche Prüfungsrecht einhaken. Man kann das auch so ausdrücken: der Richter hat nachzuprüfen, ob nach vernünftigem Ermessen die „dringende Erforderlichkeit" der Notverordnung zur „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit" oder zur „Beseitigung eines öffentlichen Notstands" *in Frage* kommt. Hiermit kommt dem richterlichen Takt bezüglich seines Vorgehens große Bedeutung zu. — Daß übrigens die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Notverordnung nicht in Frage kommt, unterliegt keinem Zweifel.

Ganz denselben Standpunkt vertritt in bereits ständiger Rechtsprechung der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. In dem Urteil vom 21. 11. 1925[16]) betont er den Er-

---

[13]) Vgl. Waldecker zu Art. 55,6; Schönborn II S. 309.

[14]) Statt vieler W. Jellinek, Verw.Recht S. 26.

[15]) Schönborn, Handb. Bd. II S. 309; Waldecker zu Art. 55,6: er macht jedoch eine teilweise Ausnahme mit dem Begriff der Erforderlichkeit, der etwas objektiver sich bestimmen läßt. Das erscheint nicht richtig, dieser Begriff unterliegt demselben Ermessensspielraum wie die übrigen.

[16]) Lammers-Simons, Bd. I S. 267 RGZ. 112 Anh. S. 1 = JW. 1926 S. 1339. —

messensspielraum des Staatsministeriums, der von der Verfassung gewährt sei und dessen vollständige Einhaltung (aus den oben aufgeführten Gründen) vom Richter praktisch kaum nachgeprüft werden könne. Darum sei das Vorgehen der Regierung so lange als berechtigt anzusehen, als nicht das Gegenteil sich einwandfrei ergebe. Auf diese Begründung greifen u. a. die Urteile vom 9. 7. 1928[17]) und vom 17. 12. 1927[18]) ausdrücklich zurück. Der guten Begründung ist in vollem Umfange zuzustimmen. Das Ergebnis des Staatsgerichtshofs ist sachlich dasselbe wie das von der Wissenschaft entwickelte und oben dargestellte.

Für das richterliche Prüfungsrecht der Notverordnungen ergibt sich somit: Da die Notverordnungen formell Rechtsverordnungen sind, beurteilt die Prüfungszuständigkeit sich nach den für diese gewonnenen Grundsätzen. Das formelle Prüfungsrecht ist also in vollem Umfange zu bejahen, von dem materiellen ebenfalls die Prüfung der Notverordnung auf Uebereinstimmung mit der preußischen Verfassung. Die übrigen materiellen Voraussetzungen unterliegen jedoch, da hier dem Staatsministerium ein gewisses freies Ermessen zugebilligt wird, der Nachprüfung nur insoweit, als die Ermessensgrenzen überschritten werden.

Eine ganz kurze Zusammenfassung der Prüfungszuständigkeit hinsichtlich preußischer Rechtssätze zeigt folgendes Bild, in das auch die zugehörigen reichsrechtlichen Vorschriften aufzunehmen sind[19]): Die preußischen Gesetze hat der Richter vor ihrer Anwendung auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen (mit Ausschluß der Erfüllung der in Art. 30 pr. V. vorgeschriebenen Form), nicht aber auf ihre inhaltliche Vereinbarkeit mit der preußischen Verfassung zu prüfen. Jedoch besteht sein Prüfungsrecht hinsichtlich ihrer inhaltlichen Vereinbarkeit mit jeder Art von Reichsrecht[20]). Die preußischen Verordnungen und Notverordnungen sind auf ihre formelle und materielle Uebereinstimmung mit jeder Art von Gesetzen zu prüfen (ausge-

---

[17]) Lammers-S. Bd. I S. 276.

[18]) Ebenda Bd. I S. 398.

[19]) Jegliche im Laufe der Untersuchung gewonnene Einzelausgestaltung und Einschränkung sei hier der Uebersichtlichkeit halber fortgelassen.

[20]) Die Betonung in Art. 61, I,3 pr. V., daß Art. 13 RV. unberührt bleibe, soll also nur auf die weitere Verbindlichkeitsvoraussetzung, daß das preußische Gesetz nicht gegen das Reichsrecht verstoßen darf, hinweisen; sie hat keine sachliche Bedeutung.

nommen ist nur das Gebiet des Ermessens bei Rechtsverordnungen, insbesondere bei Notverordnungen). — Neben dieser Anwendungsprüfung bestehen nach Reichsrecht die verschiedenen Hauptprüfungsverfahren.

2. Abschnitt: Einklang des Prüfungsrechts mit dem Reichsrecht.

§ 9.

Vergleich mit dem Reichsrecht.

Die bisherige Untersuchung betrachtete das Prüfungsrecht nach der preußischen Verfassung allein. Den Stand der Frage nach Reichsrecht vergleichsweise zu schildern, erscheint nunmehr nötig; denn die Betrachtung einer landesrechtlichen Verfassungsfrage gewinnt immer an Interesse durch vergleichsweise Heranziehung der entsprechenden reichsrechtlichen Frage, vor allem wenn diese von größerer praktischer Wirksamkeit ist als die landesrechtliche. Vor allem aber erscheint die Anziehung des Reichsrechts geradezu notwendig, wenn beachtet wird, daß womöglich die landesrechtliche Regelung gegen das Reichsrecht verstößt und dadurch vielleicht ungültig ist.

Zuerst soll untersucht werden, ob die landesrechtlichen Bestimmungen überhaupt vom Reichsrecht abweichen; als zweites, ob sie dann mit diesem in Widerspruch stehen, also (soweit sie nicht abweichen dürfen), ungültig sind.

Ein Vergleich mit dem Reichsrecht setzt die Darstellung des Reichsrechts voraus. Eine ausdrückliche Regelung fehlt; eine das materielle Prüfungsrecht ausschließende Vorschrift wie in Art. 61 pr. V. besteht nicht. Daher besteht im Reichsrecht ein heftiger Streit um Bejahung oder Verneinung der Prüfungszuständigkeit, worauf oben[1]) schon hingewiesen wurde. Die allgemeinen Gründe und Gegengründe für und gegen das Prüfungsrecht mußten schon oben zum Beweis des formellen Prfungsrechts nach preußischem Recht dargestellt werden, soweit sie gleichzeitig für Preußen galten. Das war bei den weitaus meisten und wichtigsten Begründungen der Fall. Die dort dargestellten allgemeinen Gründe sprechen ganz in gleicher Weise für das formelle

---

[1]) 1. Abschnitt § 5.

und materielle Prüfungsrecht und gelten gleichmäßig für das Reich und für Preußen. Das Bestehen der formellen und materiellen Prüfungszuständigkeit im Reich ist somit bewiesen, ohne daß die Gründe hier noch einmal wiederholt werden müßten[2]).

Von allergrößter Bedeutung für die Anerkennung des Prüfungsrechts ist neben diesem theoretischen Beweis die Entwicklung der Rechtsprechung. Nach anfänglichem Schwanken und nur teilweiser Anerkennung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung seit dem Jahre 1925 die Prüfungszuständigkeit in vollem Umfang für sich in Anspruch genommen, so die Urteile des Reichsversorgungsgerichts vom 21. 10. 1924[3]), des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. 2. 1925[4]), vor allem des Reichsgerichts vom 4. 11. 1925[5]), dann des bayrischen Obersten Landesgerichts vom 20. 3. 1926[6]) und des hanseatischen Oberverwaltungsgerichts vom 17. 1. 1927[7]). Das Reichsgericht gibt diese Begründung: Ein verfassungswidriges Gesetz dürfe der Richter nicht anwenden, da es materiell ungültig sei. Die Unterwerfung unter das Gesetz schließe nicht aus, daß einem Reichsgesetz die Gültigkeit insoweit aberkannt werden könne, als es mit anderen vom Richter zu beachtenden Vorschriften, die ihm vorgehen, in Widerspruch steht. Das sei der Fall, wenn ein Reichsgesetz der Reichsverfassung widerspreche und nicht mit höherer Mehrheit nach Art. 76 beschlossen sei. — Da die Reichsverfassung keine Vorschriften enthalte, die diese Entscheidung dem Richter entziehe und einer anderen Stelle übertrage, müsse das richterliche Prüfungsrecht anerkannt werden.

Carl Schmitt setzt an der Begründung aus, daß es sich nicht um die Frage handele, ob verfassungswidrige Gesetze ungültig seien — das sei selbstverständlich —, sondern wer

---

2) Aus diesem Grunde — es sollte eine vollständige Darstellung gegeben werden, die für diesen Teil übernommen werden konnte — wurden oben auch die Gründe mit dargestellt, die mehr für Bejahung des materiellen Prüfungsrechts sprechen. Der andere Grund hierfür war, wie bemerkt, der, daß die für das formelle Prüfungsrecht sprechenden Gründe sich vielfach nicht von den für das materielle Prüfungsrecht benutzbaren unterscheiden lassen.

3) DJZ. 30 S. 332.

4) Pr. Verw.Bl. 46 S. 559.

5) Entsch. Ziv. S. Bd. 111 S. 320 = JW. 1926 S. 142 .

6) DJZ. 31 S. 903.

7) JW. 1927 S. 1288.

darüber entscheidet. Daß dies der Richter zu tun habe, folge nicht zwingend aus der Begründung des Reichsgerichts. Nach ihr könne jede staatliche Stelle das Prüfungsrecht für sich in Anspruch nehmen. Das Reichsgericht habe also die Frage nicht gelöst. Diese Kritik geht über das Ziel hinaus. Die Begründung sagt ja, warum gerade der Richter prüfen müsse: weil die Reichsverfassung die Prüfung an keine andere Stelle übertragen habe, und weil eine Prüfung vor Anwendung der Gesetze notwendig sei! Zuzugeben ist allerdings, daß die reichsgerichtliche Begründung noch besser gewesen wäre, wenn noch erstens die Gründe genannt wären, warum nur der Richter das Prüfungsrecht hat, und zweitens, weshalb die Reichsverfassung dem einfachen Gesetz vorangeht. Besonders diese letzte Behauptung wird ja, wie oben gezeigt[8]), bestritten. Bemerkenswert ist, daß ihre Richtigkeit vom Reichsgericht angenommen wird, ohne daß nur mit einem Wort von einer „pouvoir constituant" die Rede ist, wegen deren Fehlen die Gegner ja den Vorrang der Verfassung leugnen. Wenn man die rechtsphilosophische Begründung mit der Natur des Staatsgrundgesetzes und der Volkssouveränität überhaupt nicht oder nicht als genügend gelten lassen wollte, so wäre auf jeden Fall die einwandfreie Begründung mit dem Erfordernis der erhöhten Mehrheit zur Verfassungsänderung angemessen gewesen[9]). Abgesehen von dieser kleinen Unvollständigkeit ist der Begründung des Reichsgerichts aber vollauf zuzustimmen. Seit diesem und den genannten anderen Urteilen ist die formelle und materielle Prüfungszuständigkeit im Reich von der Praxis eindeutig anerkannt. Die theoretische Begründung wurde, wie gesagt, bei der Begründung des formellen Prüfungsrechts in Preußen gegeben. Das Ergebnis ist also: im Reich besteht sowohl formelles wie materielles Prüfungsrecht der Gesetze.

Bezüglich der Verordnungen besteht ein richterliches Prüfungsrecht ebenfalls im Reich, da der oben[10]) geführte Beweis allgemein, nicht nur für Preußen gilt. Mit dem Prüfungsrecht der Diktaturverordnungen nach Art. 48, II RV. steht es im Reich sehr ähnlich wie mit dem der Notverordnungen in Preußen: grundsätzlich besteht es, aber das Ermessen des Reichspräsidenten hinsichtlich der zur Wieder-

[8]) 1. Abschnitt § 7.
[9]) Ebenda.
[10]) 1. Abschnitt § 8.

herstellung der Sicherheit und Ordnung notwendigen Maßnahmen ist nur dann nachprüfbar, wenn die Ermessensgrenzen überschritten wurden.

Bei einem Vergleich Preußen—Reich zeigt sich also: die Gestaltung des richterlichen Prüfungsrechts in Preußen stimmt mit der des Reichs darin überein, daß die vollständige Prüfungszuständigkeit besteht bei den gewöhnlichen Verordnungen, Not- bezw. Diktaturverordnungen und eine formelle bei den Gesetzen. Das preußische Verfassungsrecht weicht von dem Reichsrecht insofern ab, als es das materielle Prüfungsrecht verbietet.

§ 10.
Widerspruch mit dem Reichsrecht.

Nunmehr ist zu untersuchen, ob das preußische Verfassungsrecht mit dieser Abweichung in Widerspruch steht zu dem Reichsrecht. Da schon am Schluß des ersten Abschnitts gezeigt wurde, daß die preußische Regelung in Art. 60, 61 pr. V. sich nur auf preußische Landesgesetze bezieht, lautet die Frage also: Ist ein Bundesstaat überhaupt zuständig, in seiner Verfassung über das Prüfungsrecht hinsichtlich der von ihm erlassenen Gesetze Bestimmungen zu treffen? Weichen diese Bestimmungen vom Reichsrecht ab, und wenn ja, dürfen sie es?

Eine systematische Untersuchung hierüber ist in der Literatur nicht zu bemerken; sie muß aber vorweg stattfinden, wenn die Einzelfragen des Verhältnisses Länder—Reich bezüglich des Prüfungsrechts systematisch gelöst werden sollen.

Nicht zuständig ist ein Land zur Gesetzgebung auf den Gebieten, die entweder zur ausschließlichen (Art. 6 RV.) oder zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit (Art. 7—11 RV.) des Reichs gehören und von ihm bereits geregelt sind.

Der erste Untersuchung wird also dahin gehen, ob die Regelung des richterlichen Prüfungsrechts zur ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Reichs gehört. Unter einen der in Art. 6 RV. aufgezählten Gegenstände fällt das Prüfungsrecht zwar nicht; Art. 6 RV. enthält auch eine abschließende Aufzählung der ausschließlichen Zuständigkeit des Reichs bezüglich der Gegenstände, bei denen die Zugehörigkeit ohne eine Bestimmung zweifelhaft sein könnte:

nicht aber sind damit die Dinge von der ausschließlichen Zuständigkeit des Reichs ausgeschlossen, die selbstverständlich zu ihr gehören müssen und daher nicht ausdrücklich aufgezählt zu werden brauchen[1]). Zu ihnen gehört auch die Reichsgesetzgebung. Nun ist unter dem Begriff der Reichsgesetzgebung nicht nur das Erlassen von Gesetzen zu verstehen, sondern auch die Bestimmung darüber, wie sich Landesgesetze zu den Reichsgesetzen und zur Reichsverfassung verhalten sollen (das ist in Art. 13 RV. bestimmt), und ebenso darüber, wie sich Reichsgesetze zur Reichsverfassung verhalten sollen; denn dies ist eine Entscheidung darüber, welche Kraft die Reichsgesetze dem „höheren Reichsgesetz" gegenüber haben sollen. Die hierüber entscheidende Bestimmung muß zur Reichsgesetzgebung gerechnet werden, andernfalls könnte man nicht sagen, daß der Reichsgesetzgeber die freie Bestimmung über die einfachen Reichsgesetze hat: der Landesgesetzgeber könnte andernfalls darüber beschließen, welches Maß von Gesetzeskraft die Reichsgesetze gegenüber der Reichsverfassung haben!

Somit ist im Anschluß an Anschütz[2]) gezeigt, daß über das Prüfungsrecht gegenüber den Reichsgesetzen nur der Reichsgesetzgeber bestimmen kann. Die scharfe Trennung zwischen Gesetzen des Reichs und solchen der Länder erweist sich also als notwendig, wenn allgemeine Regeln für die Zuständigkeit zur Gesetzgebung über das Prüfungsrecht gewonnen werden sollen. Wie ist die Zuständigkeit nun bei Landesgesetzen? Daß hier die ausschließliche Kompetenz des Reiches gar nicht in Frage kommt, leuchtet ohne weiteres ein: unter den Begriff „Reichsgesetzgebung" fällt nicht die Vorschrift über das Nachprüfungsrecht von Landesgesetzen, vielmehr wird sie nach Ansicht des Verfassers, entsprechend dem für die Prüfung der Reichsgesetze gewonnenen Ergebnis, zu dem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebiet gerechnet werden müssen. Ebenso wie über die Nachprüfung von Reichsgesetzen nur der Reichsgesetzgeber etwas zu befinden hat, so kann auch über die Nachprüfung

---

[1]) Das ist allgemein anerkannt. Vgl. statt vieler Anschütz, RV. zu Art. 6,4.

[2]) Verw.Arch. 30 S. 348; ebenso im Ergebnis, jedoch meist ohne Begründung: Laband II S. 51, 122; Anschütz, RV. zu Art. 70,2; Kratzer zu § 72,2; Hippel, Handb. II S. 559; Radbruch, Justiz I S. 12; Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 284; Gebhard zu Art. 102,4c.

von Landesgesetzen gegenüber der Landesverfassung nur der Landesgesetzgeber Bestimmungen treffen; denn die Vorschrift darüber, mit welchem Maß von Verpflichtungskraft ein Landesgesetz im Verhältnis zur Landesverfassung ausgestattet sein soll, ist ein typischer zu den Gegenständen der Landesgesetzgebung gehörender Fall. Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, daß der Reichsgesetzgeber ja befugt ist, ihre Nachprüfung auf den Einklang mit der Reichsverfassung zu regeln (Art. 13 RV.); denn das Verhältnis der Landesgesetze zur Reichsverfassung geht den Reichsgesetzgeber in starkem Maße an, die Einhaltung der Reichsverfassung ist für ihn viel bedeutsamer als die Einhaltung einer Landesverfassung. Er hat auf den Gebieten, deren inhaltliche Regelung er dem Landesgesetzgeber überlassen mußte oder wollte, auch kein Interesse daran, über die formelle Gültigkeit von dessen Gesetzen zu befehlen. Somit begegnet dies für die Landesgesetze gewonnene Ergebnis keinen Bedenken[3]).

Es ist also festgestellt, daß die Gesetzgebung über die Nachprüfung von Reichsgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung nur dem Reichsgesetzgeber, die Gesetzgebung über die Nachprüfung von Landesgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der Landesverfassung nur dem Landesgesetzgeber zusteht. Damit ist kein Raum mehr, die Regelung des Prüfungsrechts der Reichs- wie Landesgesetze zur konkurrierenden Zuständigkeit des Reichs zu rechnen, — indem man das Prüfungsrecht etwa, was nahe liegt, als eine Bestimmung über das gerichtliche Verfahren im Sinne von Art. 7 Ziff. 3 RV. bezeichnet. Vielmehr läßt sich, wie gezeigt, die Zuständigkeit allgemein überhaupt nicht bestimmen, sondern nur verschieden für Reichs- und Landesgesetze: für Reichsgesetze hat sie ausschließlich der Reichsgesetzgeber, für Landesgesetze, soweit nicht das Verhältnis zum Reichsrecht in Frage steht, der Landesgesetzgeber.

Werden jetzt diese gewonnenen allgemeinen Feststellungen, die später auch für die Untersuchung des bayrischen Verfassungsrechts von Bedeutung sein werden, auf das Verhältnis Reichsrecht—preußisches Recht angewendet, so ergibt sich: da die preußische Bestimmung Art. 60, 61 pr. V., die für Gesetze das formelle Prüfungsrecht in vollem

---

[3]) Im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung; Hippel, Handb. II S. 559; Anschütz, Verw.Arch. 30 S. 347; Gebhard, RV. zu Art. 102,4c.

Umfange bejaht, das materielle verneint, nur für preußische Gesetze gilt, steht sie mit der Regelung im Reich, die das formelle und materielle Prüfungsrecht bejaht, nicht im Widerspruch; denn für die preußischen Gesetze kann der preußische Gesetzgeber das Prüfungsrecht beliebig regeln, und die reichsrechtliche Regelung gilt nur für Reichsgesetze. Die Prüfung der gewöhnlichen wie der gesetzesvertretenden Verordnungen wurde in Preußen ebenso wie im Reich bejaht, also besteht auch hier kein Widerspruch.

Das Ergebnis ist also: die Bestimmungen der preußischen Verfassung über das richterliche Prüfungsrecht weichen zwar bezüglich des materiellen Prüfungsrechts von dem Reichsrecht ab, stehen aber wegen der Verschiedenheit der Gegenstände der Prüfung nicht mit ihm in Widerspruch. Gegen die Gültigkeit der Art. 60 und 61 pr. V. besteht also kein Bedenken.

Zweiter Teil:
Das richterliche Prüfungsrecht nach bayrischem Verfassungsrecht.

1. Abschnitt: Seine Gestaltung.

§ 11.
Der Ausgangspunkt; die Vergleichsnormen.

Bei Beantwortung der Frage, wie das richterliche Prüfungsrecht sich nach bayrischem Verfassungsrecht gestaltet, ist auszugehen von der Bestimmung des § 72 bayr. Verf.-Urkunde vom 14. 8. 1919[1]). Mit dieser Vorschrift soll das Prüfungsrecht geregelt werden. Die Aufgabe ist also zunächst, eine Auslegung des § 72 zu geben. Da die grundsätzlichen Erörterungen schon im preußischen Teil angestellt werden mußten und hier auf sie verwiesen werden kann, ist für die bayrische Regelung nunmehr eine kürzere Darstellung möglich.

Die Frage nach den Subjekten der Prüfung beantwortet § 72 eindeutig: „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden" sind die bayrischen ordentlichen Gerichte und die bayrischen Verwaltungsgerichte, diese, soweit sie mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sind[2]).

Was den Gegenstand der Prüfung und die Normen, deren Nichtverletzung Zweck der Prüfung ist[3]), anbelangt,

---

[1]) § 72 bayr. Verf. v. 14. 8. 1919: „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden prüfen bei ihren Entscheidungen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reichs, dieser Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz im Widerspruch steht".

[2]) Vgl. Kratzer zu § 72,1.

[3]) Im folgenden kurz „Vergleichsnorm" genannt.

so will § 72 regeln den Widerspruch eines formellen Gesetzes[4]) mit

der Reichsverfassung,
der bayrischen Verfassung,
einem anderen Verfassungsgesetz.

Hierbei erhebt sich zuerst die Frage, was unter dem Ausdruck „ein anderes Verfassungsgesetz" zu verstehen ist. Dem Wortlaut nach denkbar wäre, daß damit Verfassungen anderer Bundesstaaten gemeint sind. Diese Auslegung ist aber zu verwerfen, da für ein bayrisches Gericht praktisch Gesetze anderer Bundesstaaten wohl nicht zur Anwendung kommen. Da diese Tatsache auch dem bayrischen Gesetzgeber bekannt war, kann man nicht annehmen, daß er mit dem auszulegenden Ausdruck auch diesen unpraktischen Fall regeln wollte. Und ebenso besteht auch heute kein Bedürfnis nach dieser Auslegung. Somit ist hier unter dem Ausdruck „anderes Verfassungsgesetz" der herkömmliche Begriff zu verstehen: ein Gesetz (außer der Reichsverfassungsurkunde und der bayrischen Verfassungsurkunde), das wegen seiner Bedeutung eine erhöhte Gesetzeskraft dadurch erhalten hat, daß es nur mit verfassungsändernder Mehrheit abgeändert werden kann. Jedoch ist zu beachten: nicht alle Gesetze, die mit verfassungsändernder Mehrheit ergangen sind, sind Verfassungsgesetze. Nicht hierunter fallen die sog. verfassungsdurchbrechenden Gesetze, d. h. diejenigen, welche die Verfassung nur für einen Einzelfall abändern (die bestrittene Frage, ob sie zulässig sind, ist hier nicht zu behandeln: praktisch kommen sie häufig vor und sind daher zu berücksichtigen). Sie gehören deshalb nicht zu den Verfassungsgesetzen, weil sie nur beschlossen wurden, um einen Einzelfall abweichend von der Verfassung regeln zu können, nicht aber, damit sie erhöhte Gesetzeskraft genießen. — Da die Worte „oder mit einem anderen Verfassungsgesetz" sich nun auf solche ergänzenden Gesetze sowohl zur Reichsverfassung wie zur bayrischen Verfassung beziehen, brauchen sie in Zukunft bei der genaueren Unterteilung nicht mehr berücksichtigt zu werden. Denn sie stehen sachlich nach der Bestimmung des § 72 für die vorliegende Betrachtung der entsprechenden Verfassungsurkunde gleich. Unter Reichsverfassung ist also in Zukunft nicht Reichsver-

[4]) Die Verordnungen werden später zu betrachten sein.

fassungsurkunde zu verstehen, sondern das materielle Reichsverfassungsrecht; es sind die Reichsverfassungsgesetze mit einzubeziehen, entsprechend bei der bayrischen Verfassung.

Somit sind zwei Gruppen von Vergleichsnormen herausgestellt: Reichsverfassung und bayrische Verfassung. Unter dem allgemeinen Ausdruck „Gesetz" fallen zunächst zwei Arten: Reichsgesetze und Landesgesetze. — Ist diese Auslegung des Wortes Gesetz aber richtig? In dem preußischen Art. 61, wo derselbe Ausdruck gebraucht wurde, ist doch unter dem Gesetz nur ein Landesgesetz verstanden worden; warum soll hier die Auslegung des Wortes auch ein Reichsgesetz mitumfassen? Die Antwort lautet: weil grundsätzlich der Wortlaut für die weite Auslegung spricht und hier anders als in Preußen besondere Gründe gegen die nächstliegende Auslegung nicht vorliegen: in Art. 61 pr. V. konnte nur von preußischen Gesetzen die Rede sein, weil der ganze Abschnitt nur von preußischen Gesetzen handelte. Hier aber steht die Bestimmung über das Prüfungsrecht nicht in dem Abschnitt über die bayrische Gesetzgebung, sondern in dem zweiten Teil des VII. Abschnitts, der allgemeine Vorschriften für die Behörden und den Staatsdienst enthält, neben Garantien für einige Behörden u. a. auch Zuständigkeitsbestimmungen; solch eine Zuständigkeitsbestimmung ist § 72, wenn er die Prüfungszuständigkeit ausspricht. Es besteht nach dem Zusammenhang also nicht der geringste Grund, den allgemeinen Ausdruck „ein anzuwendendes Gesetz" nur im Sinne von „bayrischem Gesetz" auszulegen. Hippels[5]) Zweifel an dieser Auffassung sind angesichts der obigen Ausführungen nur dann verständlich, wenn er die Reichsgesetze deshalb ausschließen will, weil die Bestimmung über sie vielleicht ungültig ist. Aber das ist eine zweite Frage. Die A u s l e g u n g muß zunächst die Reichsgesetze mitergreifen.

Aus einer Zusammenstellung aller möglichen Widersprüche zwischen Prüfungsgegenstand und Vergleichsnorm ergibt sich also, daß § 72 bayr. V. vier Gruppen von „Widersprüchen" regeln soll[6]).

---

[5]) Handb. II S. 559.

[6]) Aehnl. Anschütz, Verw.Arch. Bd. 30 S. 347.

(Erste Gruppe) Widerspruch zwischen Landesgesetz und bayr. Verfassung;

(Zweite Gruppe) Widerspruch zwischen Landesgesetz und Reichsverfassung;

(Dritte Gruppe) Widerspruch zwischen Reichsgesetz und bayr. Verfassung;

(Vierte Gruppe) Widerspruch zwischen Reichsgesetz und Reichsverfassung.

Zu Gruppe 1 und 2 ist zu bemerken, daß als untergeordnete Norm allgemeiner und genauer als bei Anschütz[7]) nicht nur bayrische Gesetze genannt wurden, sondern Landesgesetz überhaupt. Praktisch allerdings wird die Prüfung nur für bayrische Gesetze. Daher hat auch Anschütz' Einteilung ihre Berechtigung. Sollte ein anderes Gesetz zur Anwendung kommen, so wäre es dem bayrischen Gesetz bezüglich der Prüfung gleich zu behandeln. — In Gruppe 2 ist Landesgesetz im weiteren Sinne aufzufassen, auch Landesverfassungsgesetz ist hierunter zu verstehen. Denn in der Hinsicht, daß Reichsrecht eine höhere Norm ist gegenüber dem Landesrecht, besteht kein Unterschied zwischen einfachem Landesrecht und Landesverfassungsrecht. — In Gruppe 3 fällt unter die Reichsgesetze auch die Reichsverfassung.

§ 12.

Art und Umfang der Prüfung.

Bezüglich Art und Umfang der Prüfung der Gesetze ergibt sich zunächst aus den Worten „prüfen bei ihren Entscheidungen“ und „ein anzuwendendes Gesetz“, daß eine Prüfung als Vorfrage gemeint ist; die Gerichte sind also nicht zuständig, im Hauptprüfungsverfahren die Uebereinstimmung mit den Vergleichsnormen zu untersuchen, sondern nur bei Gelegenheit eines Entscheidungsfalles haben sie ein anzuwendendes Gesetz incidenter hierauf zu prüfen. Die Wirkung ist infolgedessen gegebenenfalls nicht, daß das Gesetz für ungültig erklärt, sondern daß es in dem vorliegenden Fall nicht angewendet wird. Andere Behörden sind also mangels einer Rechtskraftwirkung für alle nicht an eine solche Entscheidung gebunden.

---

7) Verw.Arch. 30 S. 347.

8) Anschütz zu Art. 13,3b; ders. Verw.Arch. 30, 347; Poetzsch-Heffter zu Art. 13,2; Giese, RV. zu Art. 13,1; Piloty zu § 72,1.

Ist das Prüfungsrecht in § 72 beschränkt auf die sogenannte materielle Nachprüfung, die sich nur auf die Uebereinstimmung des Gesetzes mit dem Inhalt der Verfassung bezieht, oder enthält § 72 auch eine Bejahung der sogenannten formellen Prüfung, der Prüfung auf verfassungsmäßiges Zustandekommen? Die formelle Prüfung ausschließen will, nicht im Ergebnis wohl aber als Auslegung des § 72, Piloty[1]), die herrschende Meinung sieht aber in § 72 eine Bejahung auch der formellen Prüfung[2]). Die herrschende Meinung verdient den Vorzug: nicht einmal das Bedenken Nawiaskys[3]) aus dem Wortlaut ist berechtigt, denn zu den Bestimmungen der Verfassung gehören auch die, die den Weg der Gesetzgebung regeln[4]): der Weg der Gesetzgebung ist ja in der Verfassung geregelt; also bedarf es nicht der gefährlichen Begründung Nawiaskys[3]) mit einem Gegenschluß aus § 76, I bayr. Verf. § 72 will die Prüfungszuständigkeit in vollem Umfange bejahen.

Daß der Richter aber nicht von Amts wegen in jedem Prozeß die Prüfung vorzunehmen hat, führt Nawiasky[5]) mit Recht aus. Er hat von sich aus nur zu prüfen, wenn ihm selbst Zweifel über die Verfassungsmäßigkeit kommen.

Neben dieser Anwendungsprüfung besteht nach dem in der Einleitung Ausgeführten nach Reichsrecht:

1. die incidente Prüfungszuständigkeit bei Widerspruch eines Landesgesetzes mit dem Reichsrecht nach Art. 13, I RV.;
2. das Hauptprüfungsverfahren im gleichen Fall nach Art. 13, II RV.;
3. das Hauptprüfungsverfahren in dem Fall, daß ein Widerspruch zwischen Reichsrecht und Landesrecht oder auch zwischen Reichsrecht und Reichsverfassung eine Streitigkeit zwischen Reich und Land bildet nach Art. 15 und 19 RV.

(Ueber das Verhältnis dieses Reichsrechts zu § 72 bayr. Verf. ist hiermit noch nichts gesagt.)

---

[1]) Zu § 72,3.

[2]) Kratzer zu § 72,6; Nawiasky, Bayr. Verf.Recht S. 375; Anschütz, Verw.Arch. Bd. 30 S. 347.

[3]) Bayr. Verf.R. S. 375.

[4]) Wie Anschütz, Verw.Arch. 30, 247 richtig ausführt.

[5]) Bayr. Verf.Recht S. 375.

Dies alles galt für die formellen Gesetze. Wie gestaltet sich das Prüfungsrecht bei Verordnungen und Notverordnungen? Die bayrischen Bestimmungen über Verordnungen und Notverordnungen[6]) sagen über das Prüfungsrecht nichts aus. Es gelten daher die allgemeinen Erwägungen[7]), die oben angestellt wurden, auch für Bayern. Also besteht kraft des „Vorrangs des Gesetzes" bezüglich der Verordnungen und Notverordnungen das materielle Prüfungsrecht in vollem Umfang, nur grundsätzlich nicht bezüglich der materiellen Voraussetzungen, die bei Notverordnungen in das Ermessen der die Notverordnung erlassenden Behörde gestellt sind.

Das richterliche Prüfungsrecht gestaltet sich nach bayrischem Verfassungsrecht, kurz zusammengefaßt, also so: der Richter soll incidenter bayrische und Reichsgesetze auf etwaige Widersprüche mit der bayrischen Verfassungsurkunde, der Reichsverfassungsurkunde und den sonstigen bayrischen und Reichsverfassungsgesetzen prüfen[8]). Verordnungen und Notverordnungen soll er auf ihre Uebereinstimmung mit den übergeordneten Gesetzen untersuchen, die materielle Voraussetzung der Notverordnung jedoch nur bei Ueberschreitung der Ermessensgrenzen durch das erlassende Organ.

2. Abschnitt: Sein Einklang mit dem Reichsrecht.

§ 13.

Vergleich mit dem Reichsrecht.

Bis jetzt ist dargestellt, wieweit das richterliche Prüfungsrecht durch § 72 der bayrischen Verfassung geregelt ist, welche Gruppen von Widersprüchen mit Normen höherer Gesetzeskraft sich ergeben, und welche Wirkung das richterliche Prüfungsrecht hat.

In diesem Abschnitt ist zunächst die bayrische Regelung des Prüfungsrechts mit der reichsrechtlichen zu vergleichen: im Hinblick auf die Verordnungen und Notverordnungen weichen die beiden Ergebnisse, da sie aus den gleichen Er-

---

6) § 61 Ziff. 7 Satz 1; § 46; § 61, Ziff. 7 Satz 2 i. V. m. Art. 9 des Polizeistrafgesetzb. vom 26. 12. 1871, § 64, I, 2 u. 3.

7) Erster Teil § 8.

8) Vgl. Nawiasky, Bayr. Verf.Recht S. 435.

wägungen gewonnen wurden, naturgemäß nicht ab. Wie ist es mit den formellen Gesetzen? Es wurde gezeigt, daß die bayrische Regelung sowohl das formelle wie das materielle Prüfungsrecht bejaht und sich auf bayrische und auf Reichsgesetze beziehen will; daß nach Reichsrecht ebenfalls formelles und materielles Prüfungsrecht bejaht wird, aber hier als Gegenstände der Prüfung nur Reichsgesetze in Frage kommen. Der bayrische Gesetzgeber wiederholt also das Reichsrecht teilweise, teilweise ergänzt er es, indem er für die bayrischen Gesetze als Gegenstand der Prüfung dasselbe bestimmt.

§ 14.

Widerspruch mit dem Reichsrecht?

Ob diese bayrischen Bestimmungen überall mit dem Reichsrecht in Einklang stehen, wird am besten auf die Weise festgestellt, daß die vier Gruppen von Widersprüchen, die sich im ersten Abschnitt[1]) bei der Auslegung des § 72 bayr. Verf. ergaben, einzeln auf ihre Uebereinstimmung mit dem Reichsrecht untersucht werden.

Die Auslegung des § 72 ergab, daß der Landesverfassungsgesetzgeber es unternimmt, erstens die richterliche Nachprüfbarkeit von bayrischen Gesetzen auf einen Widerspruch mit der bayrischen Verfassung zu bejahen. Die Frage lautet also: Kann der Landesgesetzgeber bestimmen, daß der Richter das Nachprüfungsrecht im Verhältnis Landesgesetz—Landesverfassung hat? Die Antwort wurde schon oben bei den grundsätzlichen Untersuchungen über die Zuständigkeiten zur Regelung des richterlichen Prüfungsrechts gegeben[2]). Es zeigte sich, daß der Landesgesetzgeber sogar, falls nicht ein verfassungsänderndes Reichsgesetz ergeht, ausschließlich zuständig ist, über die Prüfungszuständigkeit im Verhältnis Landesrecht—Landesverfassung zu bestimmen; denn eine solche Bestimmung ist typisches materielles Landesverfassungsrecht, zu dessen Regelung der

[1]) § 11.

[2]) I. Teil, § 10. — Diese Tatsache, daß die längeren allgemeinen Erörterungen immer schon in dem preußischen Teil vorgenommen werden mußten und im bayrischen Teil nicht wiederholt zu werden brauchen, sondern nur auf die bayr. Bestimmungen anzuwenden sind, ist ein Grund für die äußere verhältnismäßige Kürze des bayr. Teils. — Der andere Grund ist der, daß die deutlichere bayr. Vorschrift keinen Anlaß zu solchen weitgreifenden Erörterungen gibt, wie sie für Preußen nötig waren.

Reichsgesetzgeber — abgesehen von den in der Reichsverfassung enthaltenen grundsätzlichen Vorschriften über die Verfassung der Länder — nicht zuständig ist. Er hat ja auch, wie gezeigt, eine Regelung für Landesgesetze nur im Verhältnis zum Reichsrecht unternommen — die Zuständigkeit dazu ergab sich aus dem grundsätzlichen Vorrang der Reichsgesetze —, nicht aber für Landesgesetze im Verhältnis zur Landesverfassung. Die Vorschrift in Gruppe 1 steht also nicht in Widerspruch zum Reichsrecht.

Zweitens bestimmt § 72 bayr. Verf., daß bayrische Gesetze, zu denen auch die bayrische Verfassung gehört, auf ihre Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung nachzuprüfen sind. Ist der Landesgesetzgeber zu einer solchen Regelung befugt? Es handelt sich ja bei dem Gegenstand der Prüfung um Landesgesetze, aber die Vergleichsnorm ist hier die Reichsverfassung. Dies Verhältnis ist bereits in Art. 13, I RV. mit dem Satz: „Reichsrecht bricht Landrecht" geregelt, und zwar in weiterem Umfang, als § 72 bayr. V. es tut: § 72 bayr. V. spricht nur von der Reichs v e r f a s s u n g, nach Art. 13 RV. bricht aber j e d e Reichsrechtsnorm das Landesrecht. § 72 wiederholt also teilweise den Art. 13, I RV. Ist das zulässig?

Nawiasky[3]) bejaht die Frage stillschweigend; das geht daraus hervor, daß er für die Reichsgesetze als Prüfungsgegenstand der bayrischen Bestimmung eine besondere Untersuchung anstellt, nicht aber für Landesgesetze im Verhältnis zur Reichsverfassung. Ebenso haben eine Reihe anderer Autoren[4]) nichts gegen diese Regelung einzuwenden. Anderer Ansicht ist Anschütz[5]): eine solche Bestimmung verstoße gegen Art. 13, I RV. Dieser Artikel besage nicht nur, daß vom Reichsrecht abweichende Landesgesetze ungültig sind, sondern auch, daß überhaupt keine Landesgesetze mehr ergehen dürfen über einen Gegenstand, der abschließend durch Reichsgesetz geregelt sei. Also dürfe das Landesgesetz eine reichsrechtliche Bestimmung auch nicht wiederholen. Das ist die herrschende Meinung[6]). Mit

---

[3]) Bayr. Verf.Recht S. 374.

[4]) Kratzer zu § 72,2; von Jan zu § 72,2; Piloty zu § 72; Hippel, Handbuch Bd. II S. 559; Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 284.

[5]) Verw.Arch. Bd. 30 S. 347.

[6]) Laband II S. 115; Anschütz, RV. zu Art. 13,3d; Arndt, RV. zu Art. 13,3; Giese, RV. zu Art. 13,1; Gebhard, RV. zu Art. 13,2b u. e; Kratzer zu § 72,3; zu § 5,2a; Giese-Volkm. zu Art. 61,8.

der bayrischen Bestimmung werde aber der reichsrechtliche Satz des Art. 13, I RV. teilweise wiederholt; dies sei eben durch Art. 13, I RV. (ein merkwürdiger Zufall!) verboten. Also sei die bayrische Bestimmung, daß der Richter bayrische Gesetze auf einen Widerspruch mit der Reichsverfassung zu prüfen habe, „gebrochen", unzulässig.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Richtig ist, daß mit dieser Bestimmung der § 72 Reichsrecht teilweise wiederholt. Warum aber das Landesrecht nicht befugt sein soll, reichsrechtliche Normen zu wiederholen, ohne daß es im geringsten von ihnen abweicht, ist nicht einzusehen[7]). Die herrschende Meinung gibt auch keine Begründung für ihre Ansicht. Ein das Reichsrecht bestätigender Landesrechtssatz ist keine Norm, die „gebrochen" werden soll, denn Sinn der Vorschrift des Art. 13, I RV. ist es doch, dem übergeordneten Reichsrecht den praktischen Vorrang vor entgegenstehenden Landesrechtssätzen zu sichern: denn deren Bestehen ist dem Reichsrecht schädlich, weil sie angewendet werden können. Gänzlich unschädlich für den Vorrang des Reichsgesetzes ist aber die freundliche Wiederholung eines Reichsrechtssatzes durch den Landesgesetzgeber. Es besteht also kein Grund, von der nächstliegenden Auslegung, daß nur widersprechende Landesgesetze gebrochen werden sollen, abzuweichen.

Eine Wiederholung von Reichsrechtsätzen durch das Landesrecht ist sehr häufig: das Reich stellt einen Grundsatz auf, und das Land soll nun die näheren Vorschriften erlassen. Um eine in sich verständliche Regelung zu treffen, wird dabei regelmäßig der reichsrechtliche Ausgangspunkt noch einmal wiederholt. Diese Uebung, die den sehr berechtigten Zweck hat, ein geschlossenes System in den Landesgesetzen zu geben und eine für sich allein unverständliche Torso-Gesetzgebung zu vermeiden, soll ungültig sein? Anscheinend werden von der herrschenden Meinung die Folgerungen aus ihrer Behauptung nicht beachtet: nach der h. M. wäre z. B. Art. 1, I pr. V., ein Grundpfeiler der ganzen Verfassung, „nichtig", weil er die Bestimmungen in Art. 17, I und Art. 2, I RV. wiederholt!! Der wichtigste Artikel der preußischen Verfassung hätte also nicht statuiert werden dürfen! Solcher Beispiele ließen sich noch eine Unmenge aufzählen; in einer großen Zahl von Landesgesetzen

[7]) Wittmayer S. 208; Stier-Somlo, Grundriß I S. 380; Hensel, Handbuch II S. 321.

wäre die grundlegende Bestimmung unzulässig, weil das Reichsrecht dasselbe sagt! An diesen Folgerungen aus der herrschenden Lehre zeigt sich ihre Unhaltbarkeit. Die aus rein formellen Gründen soweit vorgetriebene Nichtigkeit hat keinen Notwendigkeits- oder auch nur Zweckmäßigkeitsgrund für sich, führt im Gegenteil zu unsinnigen Folgerungen. Daher ist diese Meinung abzulehnen und festzustellen, daß die Wiederholung reichsrechtlicher Normen durch Landesgesetze, solange sie sich ganz im Rahmen des Reichsrechts hält, nicht gegen Art. 13, I RV. verstößt, sondern zulässig ist. Sie hat dann allerdings nicht die Bedeutung eines neuen Rechtssatzes, sondern enthält nur einen Hinweis auf die gleiche Vorschrift der Reichsverfassung.

Hat aber der Unterschied überhaupt praktische Bedeutung? Wenn ein Richter der hier bekämpften Ansicht folgt und § 72 bayr. Verf. nicht anwendet, so würde das Ergebnis das gleiche sein, wie wenn er, der hier vertretenen Meinung folgend, die Bestimmung anwendet: denn im ersten Falle müßte er gemäß Art. 13, I RV. die Gesetze auf ihre Reichsverfassungsmäßigkeit auch prüfen. Also hat die eben behandelte Streitfrage gar keine praktische Bedeutung? Doch; denn einmal könnte für die Ansicht, welche die Geltung des übereinstimmenden Landesrechts behauptet, die Frage entstehen, ob mit einer Aufhebung des Reichsrechts auch der übereinstimmende Landesrechtssatz aufgehoben ist. Für die entgegengesetzte Meinung ergibt sich diese Frage nicht, da anerkanntermaßen[8]) einmal „gebrochenes“ Landesrecht nicht „wiederauflebt“. Da aber eine Aufhebung des Art. 13 RV. außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt, bleibt diese Frage hier außer Betracht. — Aber die Entscheidung in dem Sinne, daß der Landesrechtssatz gültig ist, hat praktische Bedeutung für die Zulassung der Verfassungsbeschwerde nach der bayrischen Verfassung[9]). Da sie nach § 93 bayr. V. nur bei Verletzung der bayrischen Verfassung zulässig ist, würde sie nach der hier abgelehnten Meinung nicht wegen Verletzung des § 72 bayr. V. wegen Eingriffs durch ein reichsverfassungsmäßig ungültiges Landesgesetz erhoben werden können. Von besonderer Bedeutung für die Verfassungsbeschwerde sind die bayrischen Grundrechte. Wären sie, soweit sie mit Reichsgrundrechten übereinstim-

---

[8]) Statt vieler Anschütz zu Art. 13,3.

[9]) Vgl. Kratzer zu § 72,3; zu § 5,2a; zu § 93,8.

men, ohne Gesetzeskraft, wie die Gegenmeinung will, so bestände ein ganz und gar ungerechtfertigter Unterschied innerhalb der bayrischen Grundrechte: diejenigen, die auch das Reichsrecht kennt, hätten dann praktisch eine weit geringere Bedeutung als die dem Reichsrecht unbekannten! Denn sie könnten nicht Grundlage einer Verfassungsbeschwerde sein, weil sie „gebrochen" sind. Auch diese Ueberlegung[10]) zeigt die Unhaltbarkeit der Gegenmeinung.

Das Ergebnis für Gruppe 2 der Widersprüche lautet also: Da eine Wiederholung von Reichsrecht durch das Landesrecht nicht gegen Art. 13 RV. verstößt, steht die bayrische Vorschrift, daß bayrische Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung nachzuprüfen sind, mit dem Reichsrecht in Einklang.

Die dritte Gruppe der Widerspruchsregelung in § 72 bayr. V. umfaßt das Verhältnis von Reichsrechtsnormen zur bayrischen Verfassung. Es dürfte nicht richtig sein zu behaupten, daß der bayrische Gesetzgeber in § 72 im Verhältnis dieser beiden Gesetzesarten den Vorrang der bayr. Verfassung hätte festsetzen wollen. Der Satz „Reichsrecht bricht Landrecht" ist ein derart bekannter Grundsatz, daß diese Absicht dem bayrischen Landesgesetzgeber nicht vorgeworfen werden darf. Andererseits ist auch nicht wahrscheinlich, daß mit § 72 der Gesetzgeber in diesem Punkte einen Vorrang des Reichsgesetzgebers festsetzen wollte: hiergegen spricht allerdings nicht, daß dies schon von Reichswegen in Art. 13 RV. bestimmt ist; denn wie gezeigt, hat der bayrische Gesetzgeber reichsrechtliche Normen wiederholt. Wohl aber spricht gegen eine solche Auslegung, daß ganz klar in den übrigen Fällen § 72 den Sinn hat, den Vorrang des Verfassungsgesetzgebers festzustellen. Da wird der bayrische Gesetzgeber nicht gerade die tatsächlich bestehende Unterordnung der bayrischen Verfassung unter den einfachen Reichsgesetzgeber (soweit nicht dem Landesrecht vorbehaltene Gebiete in Frage kommen) noch einmal betont haben wollen! Angesichts dieser Zweifel — keine von den beiden Möglichkeiten scheint der Gesetzgeber gewollt zu haben — ist es verständlich, wenn Hippel[11]) daran zweifelt, den § 72 überhaupt so auszulegen, als wenn er auch ein Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen

---

[10]) Vgl. Nawiasky, Bayr. Verf.Recht S. 250; Hensel, Handb. Bd. II S. 321.

[11]) Handbuch Bd. II S. 559.

festsetzen wollte. Also war die Auslegung, daß § 72 bayr. V. sich auch auf Reichsgesetze beziehen soll, überhaupt falsch, weil der Gesetzgeber hiernach bezüglich der Reichsgesetze gar nichts aussagen wollte? Nein, auch diese Folgerung ist unrichtig, wenn erstens die oben[12]) dargelegten Gründe für die Auslegung des Wortes „Gesetze" betrachtet werden, und wenn zweitens bedacht wird, daß mit dem Ausschluß der Reichsgesetze aus § 72 ja auch Gruppe 4 ganz fortfallen würde. Daß der bayrische Gesetzgeber dieses Verhältnis Reichsgesetze—Reichsverfassung nicht regeln wollte, kann nicht wohl behauptet werden, da erstens der allgemeine Ausdruck „Gesetz" dagegen spricht, und zweitens die Unzulässigkeit einer solchen Regelung durch das Land gar nicht so klar auf der Hand liegt wie bei Gruppe 3 (wenn Gruppe 3 als Bestimmung über den Vorrang der bayrischen Verfassung aufgefaßt wird). Daß schließlich ein Teil der Reichsgesetze in § 72 ausgenommen werden sollte, daß also die Regelung von Gruppe 3 nicht aus § 72 herauszulesen wäre, wohl aber die von Gruppe 4, dafür fehlt bei dem allgemeinen Ausdruck „ein anzuwendendes Gesetz" jeder Anhaltspunkt!

So bleibt zuletzt nur der Ausweg, dem Gesetzgeber vorzuwerfen, daß er nicht übersehen hat, was er mit seiner Regelung alles trifft. Dann erscheint es aber richtiger, die Auslegung, daß § 72 auch die Regelung des Verhältnisses Reichsgesetz—bayrische Verfassung enthalte, zunächst zu geben (wie oben im ersten Abschnitt geschehen) und erst bei Prüfung der Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung ihre Verfassungswidrigkeit gegebenenfalls festzustellen. Der vielleicht fehlende, auf einzelne Folgen achtende Wille des Gesetzgebers allein kann den Gesetzeswortlaut nicht beseitigen!

Um nun die Zuständigkeit des bayrischen Verfassungsgesetzgebers zur Ordnung des Verhältnisses Reichsrechtsnorm—bayrische Verfassung zu prüfen, ist auf die verschiedenen Möglichkeiten eines Widerspruchs dieser Normen einzugehen:

Dabei ist zunächst zu unterscheiden danach, ob die beiden sich widersprechenden Vorschriften des Reichsgesetzes und der

---

[12]) Erster Abschnitt § 11.

[13]) Anders, aber zweifelnd Hippel, Handb. II S. 559; s. o. Erster Abschnitt § 11.

bayrischen Verfassung das Gebiet der Reichszuständigkeit oder das der ausschließlichen Landeszuständigkeit betreffen: treffen sie Bestimmungen auf dem Gebiet der ausschließlichen oder konkurrierenden Reichszuständigkeit (Fall 1), so liegt die Sache einfach: das (einfache) Reichsgesetz geht vor. Das bestimmt auch Art. 13, I RV., aber es wurde gezeigt, daß die bayrische Verfassung die Bestimmung wiederholen darf. In diesem Fall steht sie also mit dem Reichsrecht in Einklang.

Es kann aber auch sein, daß die Bestimmungen der beiden widersprechenden Gesetze sich auf die den Ländern vorbehaltene Zuständigkeit erstrecken, d. h. auf die in der Reichsverfassung nicht für das Reichsrecht in Anspruch genommene Zuständigkeit oder auf den Teil der konkurrierenden Zuständigkeit (Art. 7—11 RV.), der weder unbeschränkte (Art. 7 u. 8) noch von der beschränkten (Art. 9—11 RV.) Bedarfszuständigkeit (Art. 9 RV.) oder Grundsatzzuständigkeit (Art. 10 u. 11 RV.) ist; mit anderen Worten: das Reichsgesetz maßt sich eine Regelung an, die nicht unter die in der Reichsverfassung aufgezählten Gebiete fällt oder von den aufgezählten über die Bedürfnis- oder Grundsatzgrenzen hinausgeht. Dies ist sogar der wahrscheinlichere Fall, da die eine Norm ja die bayrische Verfassung ist! Dann sind zwei Unterfälle möglich: Ist das Reichsgesetz ein einfaches (Fall 2), so geht die bayrische Verfassungsbestimmung (sie brauchte übrigens gar keine V e r f a s s u n g s bestimmung zu sein) vor, weil ein einfaches Reichsgesetz die Bestimmungen der Reichsverfassung über die Grenzen der Reichszuständigkeit nicht abändern kann.

Ist es dagegen ein verfassungsänderndes Gesetz (Fall 3), so geht dieses vor, da auf diese Weise auch in die den Ländern vorbehaltene Zuständigkeit eingegriffen werden kann.

Was für eine Bedeutung hat nun diese ins einzelne gehende Unterscheidung der wichtigsten Fälle? Sie soll zeigen, daß die Regelung eines Widerspruchs zwischen Reichsgesetz und bayrischer Verfassung durch § 72 bayr. V. nach Reichsrecht teilweise unzulässig ist. Der Beweis ist geführt. Es ergab sich: entweder besteht ein Widerspruch auf dem Gebiet der Reichszuständigkeit (Fall 1), dann wiederholt § 72 insoweit den Art. 13, I RV. In diesem Fall 1 innerhalb der Gruppe 3 ist die landesrechtliche Regelung

also nach dem Obigen[14]) zulässig; oder das Reichsgesetz und die bayrische Verfassungsbestimmung begegnen sich auf dem Gebiet der ausschließlichen Landeszuständigkeit, und das Reichsgesetz ist ein einfaches (Fall 2): dann geht die bayrische Verfassung vor. Oder schließlich das in die ausschließliche Landeszuständigkeit eingreifende Reichsgesetz ist mit verfassungsändernder Mehrheit zustandegekommen (Fall 3): dann geht es vor. In den beiden letzten Fällen (2 u. 3) aber besteht in Wahrheit kein Widerspruch zwischen Reichsrecht und bayrischer Verfassung, sondern zwischen Reichsrecht und Reichsverfassung, wie Anschütz[15]) zeigt; denn das in die Landeszuständigkeit eingreifende Reichsgesetz verstößt ja gegen die in der Reichsverfassung Art. 7—11 vorgenommene Regelung der Reichs- von der Landeszuständigkeit! Die Entscheidung, ob über die richterliche Prüfung bei diesem Widerspruch der Landesgesetzgeber etwas zu befinden hat, hängt also davon ab, ob man ihn für zuständig hält, Normen über die Prüfung des Verhältnisses Reichsgesetz—Reichsverfassung aufzustellen.

Das Ergebnis der Untersuchung, ob es mit dem Reichsrecht vereinbar ist, wenn der bayrische Gesetzgeber das Prüfungsrecht des Richters im Verhältnis Reichsgesetz—bayrische Verfassung bejaht, ist also dies: liegt der Widerspruch auf dem Gebiet der Reichskompetenz, so steht die Bestimmung des § 72 bayr. V. insoweit mit dem Reichsrecht in Einklang; liegt er auf dem Gebiet der ausschließlichen Landeszuständigkeit, so handelt es sich in Wirklichkeit um einen Widerspruch zwischen Reichsgesetz und Reichsverfassung, der nach der folgenden Gruppe 4 zu entscheiden ist.

Die vierte Frage schließlich lautet: kann der Landesgesetzgeber die richterliche Prüfungszuständigkeit im Verhältnis Reichsgesetz—Reichsverfassung anordnen?

Die herrschende Meinung verneint die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers zur Regelung des Prüfungsrechts gegenüber Reichsgesetzen[16]). Die Gegenmeinung wird nur von von Jan (ohne Begründung) und Nawiasky[17]) vertreten. Nawiasky begründet seine Auffassung so: Da der Auftrag

[14]) Zweiter Abschnitt § 14.

[15]) Verw.Arch. Bd. 30 S. 348.

[16]) Laband II S. 51, 122; Anschütz, RV. zu Art. 70,2; Verw.Arch. 30 S. 348; Kratzer zu § 72,2; Hippel, Handb. II S. 559; Radbruch, Justiz I S. 12; Thoma, Arch. ö. R. NF. 4 S. 284.

[17]) v. Jan zu § 72,2; Nawiasky, Bayr. Verf.R. S. 374.

an die Landesorgane zur Ausführung der Reichsgesetze vom Bundesstaat ausgehe, könne dieser seine Organe auch ausdrücklich anweisen, bei ihrer Tätigkeit zu untersuchen, ob sie überhaupt tätig werden müssen, ob also ein gültiges Reichsgesetz überhaupt vorliegt. Dies gelte nur, wenn kein entgegengesetztes Reichsverfassungsgesetz das Gegenteil anordne; das sei aber nicht der Fall.

Gegen diese Begründung wendet Anschütz mit Recht ein, daß ihr Ausgangspunkt nicht stimmt: aus Art. 14 RV. folgt zwingend, daß der Auftrag zur Ausführung der Reichsgesetze vom Reich ausgeht. Weiter wendet Anschütz ein, daß die entgegengesetzte reichsrechtliche Bestimmung über das Prüfungsrecht sich aus Art. 70, 76, 102 RV. implicite ergebe. Diese Behauptung wurde oben[18]) widerlegt, und es wurde das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts nach Reichsrecht nachgewiesen. Aber auch für die Anhänger des richterlichen Prüfungsrechts hat Anschütz einen Grund gegen die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers zur Entscheidung über das Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen. Die Begründung wurde oben[19]) dargestellt und ihre Richtigkeit nachgewiesen. Es zeigte sich, daß die Regelung des Prüfungsrechts im Verhältnis Reichsrecht—Reichsverfassung zur Reichsgesetzgebung gehört. Da diese Materie aber zur ausschließlichen Zuständigkeit des Reichs zu zählen ist, kann der Landesgesetzgeber nicht über diesen Teil des richterlichen Prüfungsrechts bestimmen. Dabei kommt es auf den Inhalt einer landesrechtlichen Bestimmung gar nicht an: sie ist auf jeden Fall unzulässig.

Diese Feststellung bedeutet für die Frage, ob § 72 mit dem Reichsrecht in Einklang steht, wenn er dem Richter die Prüfung eines Reichsrechtssatzes auf seine Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung vorschreibt: nein, soweit § 72 bayr. V. dieses vorschreibt, verstößt er gegen die Vorschriften der Reichsverfassung über die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Reichs, Art. 6 RV. Insoweit ist § 72 bayr. V. reichsverfassungswidrig. Damit ergibt sich auch die Antwort auf die Vereinbarkeit der Vorschriften in Gruppe 3 mit dem Reichsrecht, die oben zurückgestellt werden mußte: abgesehen von dem Fall, daß der Widerspruch zwischen Reichsgesetz und bayrischer Verfassung auf dem Gebiet der Reichszuständigkeit liegt, ist auch die Bestim-

[18]) I. Teil § 9.
[19]) Erster Teil § 10.

mung in § 72, daß der Richter die Vereinbarkeit von Reichsgesetz und bayrischer Verfassung zu untersuchen hat, reichsverfassungswidrig; denn in diesen Fällen besteht in Wahrheit ein Widerspruch zwischen Reichsgesetz und Reichsverfassung. Hierüber aber hat der Landesgesetzgeber nichts zu befinden.

§ 15.
Zusammenfassung.

Die notwendige Länge der Erörterung läßt eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse für Bayern unter Weglassung aller Unterfälle erwünscht erscheinen:

Die Nachprüfung von Verordnungen und Notverordnungen, die in § 72 nicht geregelt ist, bestimmt sich nach denselben Regeln wie im Reichsrecht.

§ 72 bayr. Verf. steht insoweit mit dem Reichsrecht in Einklang, als er befiehlt:

1. die Nachprüfung von bayrischen Gesetzen auf ihre Uebereinstimmung mit der bayr. Verfassung;
2. die Nachprüfung von bayrischen Gesetzen auf ihre Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung;
3. die Nachprüfung von bayrischen Verfassungsnormen auf ihre Uebereinstimmung mit dem einfachen Reichsgesetz auf dem Gebiet der Reichszuständigkeit.

§ 72 bayr. V. verstößt gegen die Reichsverfassung insoweit, als er anordnet:

1. die Nachprüfung von bayrischen Verfassungsnormen auf ihre Uebereinstimmung mit einfachen oder verfassungsändernden Reichsgesetzen auf dem Gebiet der ausschließlichen Landeszuständigkeit;
2. die Nachprüfung von Reichsgesetzen auf ihre Uebereinstimmung mit der Reichsverfassung.

Jedoch macht dieser teilweise Widerspruch des § 72 bayr. V. mit dem Reichsrecht die bayrische Bestimmung nicht ungültig; denn die Feststellung der teilweisen Verfassungswidrigkeit der Bestimmung geschah nur wegen formeller Zuständigkeitsüberschreitung, inhaltlich aber ist die bayrische Regelung dieselbe wie die reichsrechtliche. Also darf sich der bayrische Richter bei Nachprüfung eines Reichsgesetzes nur nicht auf die bayrische Bestimmung in § 72 berufen, aber nachprüfen darf und muß er. Weil die Hauptbedeutung des

§ 72 in der Bejahung des Prüfungsrechts für Landesgesetze liegt, bleibt er trotz teilweiser Ungültigkeit im übrigen aufrechterhalten.

Rechtspolitisch betrachtet, verdient jedenfalls die bayrische Bestimmung trotz der unerlaubten Verbeugung vor der Reichsverfassung den Vorzug vor der preußischen Regelung, die zwar vollkommen reichsverfassungsmäßig ist, deren Zweckmäßigkeit aber stark angezweifelt werden mußte. Eine Aenderung könnte aber sowohl durch den Landesgesetzgeber wie durch den Reichsgesetzgeber aus den dargestellten Gründen nur durch verfassungsänderndes Gesetz erfolgen. Die einfachste und zweckmäßigste Regelung wäre die in Aussicht genommene reichsrechtliche Zusammenfassung des Prüfungsrechts sowohl für Reichs- wie für Landesgesetze. Damit wäre der Streit um das Prüfungsrecht auf beiden Parteien genehme Weise beseitigt und der Rechtseinheit gedient.

§ 16.

Die Veränderungen durch die nationale Revolution.

Die nach dem Abschluß der Arbeit (10. Dezember 1932) durch die nationale Revolution eingetretenen großen staatsrechtlichen Veränderungen berühren auch das Thema dieser Untersuchung in starkem Maße.

Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 hat durch die Bestimmung, daß nunmehr auch verfassungsändernde Gesetze (mit einigen Ausnahmen) von der Reichsregierung im gewöhnlichen Verfahren beschlossen werden können, für diese neuen Reichs-Regierungsgesetze das richterliche Prüfungsrecht in gewissem Umfange unpraktisch gemacht. Nur noch für die Frage, ob ein Gesetz etwa in die Rechte des Reichspräsidenten oder in die Einrichtung des Reichstages oder des Reichsrates als solcher eingreift, kommt ein richterliches Prüfungsrecht im Reich augenblicklich in Frage (Art. 2); außerdem (theoretisch) für die Frage, ob ein Gesetz etwa deshalb nicht von der Reichsregierung beschlossen werden konnte, weil sie nicht mehr dieselbe ist, für die das Ermächtigungsgesetz gegeben wurde (Art. 5).

Bezüglich des Prüfungsrechts nach preußischem Verfassungsrecht ist sogar für einen Teil der Gesetze die in der Arbeit herangezogene gesetzliche Grundlage (Art. 60 f. pr. V.) fortgefallen. Nach dem vorläufigen Gesetz zur Gleich-

schaltung der Länder mit dem Reich vom 31. März 1933 können auch die Landesregierungen Landesgesetze beschließen. Ueber die Ausfertigung und Verkündung dieser Gesetze konnten die Landesregierungen Bestimmungen treffen. Durch das zweite Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7. April 1933 hat diese Befugnisse bezüglich aller Landesgesetze jedoch der Statthalter erhalten; der Reichskanzler als preußischer Statthalter hat sie mit Erlaß vom 25. April 1933 dem preußischen Ministerpräsidenten übertragen, der sie weiterdelegieren kann. Damit sind Art. 60 und 61 pr. Verf. praktisch aufgehoben!

Durch die Ermächtigung für die Landesregierung im vorläufigen Gleichschaltungsgesetz, unter den dehnbaren Voraussetzungen, daß die Gesetze zur Neuordnung der Verwaltung oder zur Neuregelung von Zuständigkeiten dienen, auch verfassungsändernde Gesetze zu beschließen, ist auch in Preußen für die Zukunft teilweise der Unterschied zwischen einfachen und verfassungsändernden Gesetzen beseitigt, und insoweit das Prüfungsrecht bedeutungslos geworden.

Aber es besteht noch für die Gesetze, bei denen die Einhaltung der in den Ermächtigungsgesetzen gegebenen Voraussetzungen zweifelhaft ist, sowohl im Reich wie in den Ländern. Insoweit ist es auch noch von hoher Bedeutung! Ferner gelten die Ermächtigungen ja vorläufig nur für 4 Jahre. Wenn auch keineswegs zu erwarten ist, daß danach der alte Rechtszustand in dieser Beziehung wieder eintritt, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß bis dahin durch die staatsrechtliche Entwicklung wieder eine Erschwerung für den Erlaß verfassungsändernder Gesetze eintritt. Denn im Augenblick hat dieser grundsätzlich berechtigte rechtsstaatliche Gedanke ohne Zweifel hinter politisch viel wichtigeren Erwägungen zurückzutreten. Auf die Dauer wird er aber wohl erfahrungsgemäß wenigstens teilweise wieder berücksichtigt werden. Dann hat die vorliegende Untersuchung neben ihren dann geschichtlichen Ergebnissen auch die augenblicklich teilweise weggefallene praktische Bedeutung wiedererlangt.

Die Gesetze der nationalsozialistischen Revolution haben aber für diese Untersuchung auch die Bedeutung, daß sie die Berechtigung der besonders in § 7 geschilderten rechtspolitischen Gedankengänge dartun: das richterliche Prüfungsrecht wurde bejaht unter anderem aus dem Bestreben heraus, die Stellung der Parlamente zu beschneiden, weil

die Schädlichkeit des Parlamentarismus erkannt war — der Parlamentarismus i st inzwischen beseitigt! Weiter wurde es bejaht, um die Stellung des Richters gegenüber andren Staatsorganen zu stärken — nunmehr i st sie durch Beschneidung der Zuständigkeit andrer Organe und durch besondere Schutzgesetze gestärkt! Wenn also die staatsrechtliche Entwicklung im Dritten Reich einen Teil der Begründungen dieser Untersuchung formell auch hinfällig macht, so wird durch sie doch andrerseits die Richtigkeit der rechtspolitischen Erwägungen bestätigt.

Lebenslauf.

Am 30. August 1910 wurde ich als Sohn des damaligen Oberlehrers August Meyer und seiner Ehefrau Alwine geb. Lange in Bad Zoppot (Danzig) geboren. Hier besuchte ich die Vorschule des städtischen Realgymnasiums. In Bad Homburg v. d. Höhe bezog ich das staatliche Kaiserin-Friedrich-Gymnasium bis zur Quinta einschließlich. Von da ab besuchte ich das staatliche Friedrichsgymnasium in Kassel, an dem im am 11. Februar 1929 die Reifeprüfung mit „gut" bestand. Zum Studium der Rechtswissenschaften besuchte ich die Universitäten Freiburg i. B. (1. bis 3. Semester), München (4. Semester) und Marburg (5. bis 7. Semester). Vor dem juristischen Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Kassel bestand ich am 4. Februar 1933 die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut". Am 2. August legte ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg die mündliche Doktorprüfung mit dem Prädikat „gut" ab. Seit dem 12. April 1933 befinde ich mich als Gerichtsreferendar zur Ausbildung an dem Amtsgericht Rotenburg a. F.

Gerhard Meyer.